Der Vorbehalt des Pfandrechts bei der Übereignung von Sachen nach römischem und gemeinem Recht, sowie nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

DER

JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

LANDES-UNIVERSITÄT ROSTOCK

VORGELEGT VON

HEINZ GRUNWALD
Kammergerichtsreferendar.

BERLIN 1902.
DRUCK VON C. BEHRENS, GRÜNER WEG 9/10.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0114

Inhaltsübersicht.

Einleitung. Der Vorbehalt überhaupt . . . . . § 1
I. Abschnitt. Bedeutung des Problems . . . . . § 2
II. Abschnitt. Begriff, Formen, Entstehungsgründe und Objekte des Pfandrechts:
1. Begriff . . . . . § 3
2. Formen . . . . . § 4
a) Fiducia
b) Praediatura
c) Pignus und Faustpfand
d) Hypotheca
3. Entstehungsgründe und
4. Objekte . . . . . § 5
III. Abschnitt. Das Pfandrecht ein dingliches Recht:
1. Beweis . . . . . § 6
2. Widerlegung abweichender Ansichten . . . . § 7
IV. Abschnitt. Eigentum, beschränkte dingliche Rechte und deren Vorbehalt:
1. Begriff des Eigentums . . . . . § 8
2. Verhältnis des Eigentums zu den beschränkten dinglichen Rechten und Folgen für den Vorbehalt § 9
V. Abschnitt. Die Konstruktion des Vorbehalts des Pfandrechts:
1. Das vorjustinianische Recht
a) Quellennachweise für die Servituten . . . . § 10
b) Ablehnung der lex dicta . . . . . § 11
c) Ablehnung anderer Konstruktionen . . . . § 12
d) Ausdehnung unseres Resultats auf das Pfandrecht . . . . . § 13
e) Ablehnung anderer Konstruktionen . . . . § 14

2. Das justinianische Recht
a) Der Vorbehalt als Neubestellung:
α) Quellennachweise . . . . . § 15
β) Ablehnung anderer Konstruktionen . . . § 16
b) Die Neubestellung erfolgt durch den Erwerber:
α) Quellennachweise . . . . . § 17
β) Ablehnung anderer Konstruktionen . . . § 18
3. Das gemeine Recht . . . . . § 19
4. Das B. G. B. . . . . § 20
VI. Abschnitt. Folgen der Konstruktion des Vorbehalts als Neubestellung:
1. Verfügungsbeschränkungen . . . . . § 21
2. Rangordnung der Pfandgläubiger . . . . . § 22
VII. Abschnitt. Pfandrechtsvorbehalt ohne Übergabe nach B. G. B. . . . . § 23
VIII. Abschnitt. Pfandrechtsvorbehalt durch Testament § 24
Schluss. Der Vorbehalt dinglicher Rechte in der heutigen Gesetzessprache . . . . . § 25

Litteraturangabe.

Archiv für Bürgerliches Recht von Kohler, Ring, Oertmann, Bd. 18, Heft 1, Berlin 1900; 12 Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Kohler.

Archiv für die civilistische Praxis von Francke, von Linde etc., Bd. 28, Heidelberg 1846; Über den materiellen Gehalt und den wissenschaftlichen Begriff des Pfandrechts an einer körperlichen Sache von Lang.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten (fortgesetzt von Pfaff und Hofmann), Stuttgart 1886.

Bachofen, Das römische Pfandrecht, Basel 1847.

Derselbe, Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts, Bonn 1848.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, Erlangen 1876.

Becker, Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium, Düren 1899.

Bekker, Die processuale Consumption im klassischen römischen Recht, Berlin 1853.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Berlin 1866.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898.

Bradt, Entstehung und Untergang des vertragsmässigen Pfandrechts an beweglichen Sachen nach gemeinem Rechte und dem Bürgerl. Gesetzbuche, Berlin 1901.

Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjekte, Leipzig 1867.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, Erlangen 1873, Bd. II, Erlangen 1879, Bd. IV, Erlangen und Leipzig 1892.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des B. G. B., Berlin 1900.

Bruns, Quid conferant Vaticana fragmenta ad melius cognoscendum ius Romanum, Tubingae 1842.

Büchel, Civilrechtliche Erörterungen, Bd. I, Marburg 1832, Bd. II, Marburg 1836.

Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des gemeinen Rechts, Berlin 1897.

Bunsen, Einführung in das B. G. B., Rostock 1897.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, II, Jena 1900.
Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, I, Tübingen und Leipzig 1900.
Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung, Prag 1871.
Degenkolb, Platzrecht und Miete, Berlin 1867.
Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichem Recht, Wien und Leipzig 1897.
Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd I, Leipzig 1860, Bd. II, Leipzig 1864.
Derselbe, Pandekten, unter Mitwirkung von Biermann, Berlin 1900.
Derselbe, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, Halle a. S. 1901.
Derselbe, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Halle a. S. 1882.
Dirksen, Vermischte Schriften, Bd. I, Abschnitt 2, Berlin 1841.
Elvers, Die römische Servitutenlehre, Marburg 1856.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1900.
Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerl. Recht, Marburg 1901.
Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Recht. Leipzig 1873.
Derselbe, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Wien 1867.
Fitting, Das Castrense peculium, Halle 1871.
Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, Berlin 1873.
Freisen, Vorbehalt von dinglichen Rechten bei Eigentumsübertragung nach römischem Recht, Inaug.-Diss., München 1881.
Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, Berlin 1889.
Gerber, System des deutschen Privatrechts, Jena 1878.
Gesterding, Die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des römischen Rechts, Greifswald 1831.
Derselbe, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Greifswald 1837, Bd. VI, Abteilung I.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, Jena 1897.
Derselbe, Deutsches Privatrecht I, Leipzig 1895.
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 9, Erlangen 1808, Bd. 16, Erlangen 1814, Bd. 19, Erlangen 1817.
Gmelin, Die Ordnung der Gläubiger bei dem Gantprocesse, Stuttgart und Tübingen 1813.
Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigentümers, Berlin 1877.

Grolman und Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. III, Giessen 1820, Bd. IV, Giessen 1844.
Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. I: Pfaff, Wien 1874, Bd. V: Sohm, Wien 1878.
Hartmann, Rechte an eigener Sache, Programm, Freiburg 1877.
Hoffmann, Die Lehre von den Servituten nach römischem Recht, I, Darmstadt 1838.
Hölder, Pandekten, Freiburg i. B. 1891.
Hufeland, Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts, Giessen 1803.
Hugo, Civilistisches Magazin, Bd. II, Berlin 1804, Zachariae.
Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. X, Ihering, Unger, Jena 1871, Bd. XIX, Ihering, Unger, Bahr, Jena 1881.
Ihering, Geist des römischen Rechts, Teil II: Leipzig 1866, Teil III: Leipzig 1871.
Johow, Entwurf eines B. G. B., Sachenrecht, Vorlage und Begründung, Berlin 1880.
v. Keller, Pandekten, Leipzig 1866.
Koch, Lehrb. d. preuss. gemeinen Privatrechts, Bd. I, Berlin 1857.
Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, Jena 1882.
Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft, II, Tübingen 1827.
Kuhlenbeck, Das B. G. B. (Kommentar), Berlin 1899.
Derselbe, Von den Pandekten zum B. G. B., Berlin 1899.
Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffs, Berlin 1878.
Landé, Das bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1897.
v. Liebe, Sachenrechtliche Erörterungen zu dem Entwurfe eines B. G. B., Leipzig 1891.
Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Berlin 1900.
Meisner, B. G. B., Breslau 1901.
Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B., (Amtliche Ausgabe), Berlin und Leipzig (Guttentag) 1888.
Müller und Meikel, Das bürgerliche Recht in seiner neuen Gestaltung, München 1899.
Muther, In fr. VI communia praediorum commentatio, Erlangae 1858.
Neumann, Handausgabe des B. G. B., I, Berlin 1899.
Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts, Königsberg 1899.
Pernice, Marcus Antistius Labeo, Bd. I, Halle 1873, Bd. III, Halle 1892.

Piniński, Begriff und Grenzen des Eigentumsrechts nach römischem Recht, Wien 1902.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, III, Sachenrecht, Berlin 1901.
Protokolle (amtliche) der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B., Berlin, Guttentag, 1899.
Puchta, Cursus der Institutionen, Leipzig 1865.
Regelsberger, Pandekten, Bd. I, Leipzig 1893.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. III, Leipzig 1881.
Reidemeister, Der Vorbehalt dinglicher Rechte nach römischem Recht, Braunschweig 1887.
Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und griechische Philosophie, Hesse, Boeckh, Niebuhr, Brandis, I 4, Bonn 1827.
Scherer, Sachenrecht, erläutert, Erlangen 1899.
Schweppe, Das römische Privatrecht, Altona 1822.
Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, Jena 1899.
Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1836.
Derselbe, Pfandrechtliche Streitfragen, I, Zerbst 1835.
Derselbe, Das praktische gemeine Civilrecht, I, Leipzig 1844.
Sohm, Institutionen, Leigzig 1899.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III, München 1898.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Berlin 1884.
Thibaut, Civilistische Abhandlungen; Heidelberg 1814.
Türcke und Niedenführ, I und II: Das bürgerliche Recht, Leipzig 1900.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, Paderborn 1900.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten I, Marburg 1851.
Voigt, Die XII Tafeln, I, Leipzig 1883.
Weiske, Rechtslexikon- Leipzig 1854.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, Frankfurt a. M. 1900.
Wirth, Beiträge zur Systematik des römischen Civilrechts, Erlangen 1856.
Derselbe, Die libertatis usucapio, Erlangen 1854.

Einleitung.

§ 1.

Der Vorbehalt überhaupt.

Mit dem Ausdruck „Vorbehalt“ (Reservation) verbindet die Rechtssprache verschiedene Begriffe. Allen gemeinsam ist der Gedanke des Erhaltens eines Rechts. Im einzelnen sind zu unterscheiden:

I. Der **geheime** Vorbehalt (Mentalreservation), dasjenige nicht zu wollen, was man zu wollen erklärt. Dieser ist regelmässig unwirksam[1]) und der Vertrag oder die einseitige Willenserklärung bleibt vollgültig.

II. Der **ausdrücklich** erklärte Vorbehalt, der in folgenden Formen auftritt:

1. als einseitige **Rechtsverwahrung** gegen die Unterstellung einer stillschweigenden Willenserklärung[2]), und zwar in specie zu dem Zweck, die Möglichkeit auszuschliessen, dass man aus unserem einer verschiedenartigen Deutung fähigen Verhalten unseren Verzichtswillen herleitet.[3])

Das B. G. B. hat von einer Begriffsbestimmung der Rechtsverwahrung abgesehen, nachdem es den Begriff der

[1]) Brinz, IV, § 524, S. 22, Note 5; Regelsberger, I, § 141, S. 516; B. G. B., § 116; Müller und Meikel, I, § 38, S. 84.

[2]) Hufeland, Bd. I, S. 62; Dernburg, Preuss. Privatr., I, S. 177 u. 178, § 84.

[3]) Matthiass, I, S. 183, § 49.

stillschweigenden Willenserklärung aufzustellen abgelehnt hat. Beide hat es der Wissenschaft und der Judikatur überlassen.[1])

2. Der bei Abgabe einer Willenserklärung, besonders bei Abschliessung eines Vertrages sofort erklärte Vorbehalt ist ein von dem Autor aus individuellen Gründen besonders betonter **Teil seiner Erklärung** bezw. ein von dem einen Vertragschliessenden gefordertes, von dem anderen genehmigtes **Element des Vertrages**, ein integrierender Bestandteil des juristischen Thatbestandes, es erscheint bald als essentiale oder naturale, bald als accidentale z. B. die gesetzte Bedingung.

3. Ferner versteht man unter Vorbehalt gewisse Arten gesetzlicher oder vertragsmässiger **Verfügungsbeschränkungen** zu Gunsten bestimmter Personen So spricht der Code civil im Art. 915 von der réserve, der Nachlassquote, die gewissen Verwandten (Vorbehaltserben) durch freigebige Verfügungen des Erblassers nicht entzogen werden kann. In diesem Sinne spricht man von dem Vorbehaltsgut der Frau, das nicht in die Verwaltung und Nutzniessung des Mannes fallen soll. B. G. B. § 1365.

4. Häufig bedeutet der Vorbehalt ein buchstäbliches **Zurückbehalten eines Teils** von einem Ganzen, das man auf einen anderen überträgt, z. B. der Vorbehalt eines Buches aus einer Bibliothek. Es ist dies nicht ein unter Ziffer 2 (oben) zu subsumierender Fall, weil die vorzubehaltende Sache von dem ganzen Geschäft **unberührt** bleibt.

5. Eine besondere Bedeutung beansprucht der Vorbehalt **eines dinglichen Rechts** bei der Übereignung von Sachen.

[1]) B. G. B., §§ 341, 464, 640; Motive, I, 154, II, 205, 508.

I. Abschnitt.

§ 2.

Bedeutung des Problems.

Als Vorbehalt[1]) eines dinglichen Rechts bei Übereignung von Sachen bezeichnet man den Vorgang, mittels dessen eine Sache so übereignet wird, dass daran dem früheren Eigentümer nur noch ein beschränktes dingliches Recht, dem Erwerber aber das Eigentum an der so belasteten Sache zustehen soll. Speciell auf das Pfandrecht hingesehen, enthält dieser Vorbehalt folgende Momente:[2])

I. Der Eigentümer der Sache erklärt,

1. dass er sie dem anderen übereigne,
2. dass er aber die Verpfändung der Sache
   a) für den Kaufpreis derselben oder
   b) für eine andere Forderung (die ihm oder einem Dritten zusteht),
   c) für beide zugleich zur Bedingung der Übereignung mache.

II. Der Erwerber erklärt, dass er die Übereignung annehme und dem Übereigner die Sache für die Forderung oder Forderungen ad I 2 verpfände.

III. Der Übereigner erklärt, dass er die Verpfändung annehme.

Wir wollen nun die juristische Natur des Aktes untersuchen und ermitteln.

[1]) In den Quellen finden sich die Ausdrücke deducere, detrahere, retinere, recipere, excipere, eximere, retinere, separare; sie kommen jedoch nur beim Vorbehalt von Servituten vor, z. B.:

1 Gaius, Inst., II, 33;

2) Paulus, Vat. fr., § 47;

3) l 5, 7, 10 D comm praed. 8—4; l 32, 36 §1 D de usufructu 7—1.

[2]) Diese Ausdrücke werden auch oft gebraucht, wenn ein materieller Teil des zu veräussernden Ganzen zurückbehalten wird: Dirksen, I, S. 116. Johow, III, S. 1811 setzt die Übereignung als schon vollzogen voraus.

I. inwieweit es von Einfluss ist, ob die Sache in den Gewahrsam des Erwerbers übergeht oder in dem des Übereigners bleibt.

II. ob wirklich der Erwerber das Pfandrecht bestellt und in welchem Zeitpunkt es begründet ist.

II. Abschnitt.

Begriff, Formen und Objekt. Entstehungsgründe des Pfandrechts.

§ 3.

1. Begriff.[1])

I. Im römischen und gemeinen Recht ist Pfandrecht an Sachen das dingliche Recht, eine Sache ausschliesslich für die Befriedigung einer Forderung in Anspruch zu nehmen. Diese Definition umfasst das Pfandrecht an beweglichen und unbeweglichen Sachen.

II. Das B. G. B. kennt ein wahres Sachenpfandrecht nur an beweglichen Sachen. Die Definition giebt es in § 1204 Abs. 1:

„Eine bewegliche Sache kann zur Sicherung einer Forderung in der Weise **belastet** werden, dass der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen (Pfandrecht).“[2])

§ 4.

2. Formen des Pfandrechts.

I. Als Pfandrechtsformen pflegt man für das ältere römische Recht aufzuzählen:

[1]) Über den wissenschaftlichen Begriff des Pfandrechts überhaupt s. Kohler, Pfandr. Forsch., S. 47 fg., Schwindt, S. 165, 199.

[2]) Entsprechend dem gemeinen Recht. Bunsen, II, S. 224.

1. die fiducia.
2. die praediatura,
3. das pignus,
4. die hypotheca,

die fiducia und die praediatura jedoch mit Unrecht; denn erstere ist nur ein Surrogat des Pfandrechts[1]), letztere gehört überhaupt nicht in die Lehre vom Pfandrecht, weil sie der schon an sich dem Staat kraft seiner Souveränität zustehenden rechtlichen Befugnis zum Verkauf der Grundstücke des Schuldners nur die moralische Befugnis hinzufügte.[2])

Das pignus ist ein mit Besitzübergabe verknüpftes Pfandrecht, mit dem in späterer Zeit regelmässig das Verkaufsrecht des Gläubigers verbunden war. Die Besitzübergabe konnte jedoch durch constitutum possessorium ersetzt werden.[3])

Die hypotheca ist ein Pfandrecht ohne sofortige Besitzübergabe.

II. Das gemeine Recht hat das pignus und die hypotheca des römischen Rechts übernommen.[4])

III. Das B. G. B. hat die hypotheca abgelehnt und statt des pignus ein demselben ähnliches Institut geregelt: das Faustpfand.

Wesentliche Abweichungen des Faustpfands vom pignus ergeben sich aus der strengeren Durchführung des Publicitätsprincips.

1. Faustpfand kann nicht durch constitutum possessorium in der Weise begründet werden, dass der Schuldner im Besitz der Sache bleibt.

Die Vorlage des Redaktors Johow stellte in § 435 den allgemeinen Grundsatz auf, dass das Pfand nicht im

[1]) Sie diente auch anderen Zwecken als der Verpfändung. Bremer, S. 5.

[2]) Dernburg, Pfandr., I, S. 26—44.

[3]) Vgl. z. B. l 18 pr. D de acqu. vel. am. poss. 41—2. Becker, S. 3; Dernburg, Pfandr., I, S. 55 und II, S. 77—85, § 90.

[4]) Stobbe, II, S. 692.

Besitz des Verpfänders bleiben dürfe, und bestimmte dann insbesondere, die Verpfändung könne nicht bewirkt werden:

a) „durch die Erklärung des Eigentümers, die in seinem Gewahrsam verbleibende Sache fortan als Pfand für den Gläubiger innehaben zu wollen.

b) durch Pfandrechtsvorbehalt, wenn nicht der Veräusserer die Sache in seinem Gewahrsam behält."[1])

Johow's Vorschläge zu a und b sind in den I. Entwurf nicht aufgenommen, weil sie überflüssig waren, was Johow selbst schon durch das vorangehende Wort „insbesondere" zugab.

Die Bestimmung, dass die Bestellung des Pfandrechts ungültig sei, wenn die Sache im Besitz des Verpfänders bleibe, findet sich noch im ersten (§ 1147) und zweiten (§ 1115) Entwurf.

Das B. G. B. hat auch dies gestrichen: das Publicitätsprinzip stellt es dadurch auf, dass es als Erfordernis für die Entstehung des Pfandrechts ausser der Einigung die Übergabe der Sache erklärt und diese nur ersetzen lässt durch

a) brevi manu traditio,

b) Abtretung des Herausgabeanspruchs,

c) Einräumung des Mitbesitzers in den Grenzen des § 1206 B. G. B.

Indem das B. G. B. hier das constitutum possesorium als Ersatz der Tradition nicht aufführt, schliesst es dieses zweifellos aus.[2])

Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das

[1]) Begründung s. Johow, III, S. 1810, 1811.

[2]) Die Verpfändung durch constitutum possessorium in der Weise, dass der Übereigner als Pfandgläubiger im Besitz der Pfandsache bleibt, ist zulässig nach § 930 B. G. B. Biermann (zu § 930) schliesst auch dies aus; er verwechselt dabei das vorliegende Konstitut mit dem im Text genannten verbotenen Konstitut. Planck, III, S. 182.

Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgiebt.[1]) Der „Vorbehalt“[2]) der Fortdauer des Pfandrechtes ist unwirksam.[3]) § 1253 B G B.

Hiermit wird einer Umgehung der unter No. 1 bezeichneten Vorschrift des § 1205 durch Hingabe der Sache an den Pfandgläubiger und Zurückgabe derselben an den Verpfänder vorgebeugt. Es wird also stets der unmittelbare Besitz des Pfandgläubigers gefordert (Ausnahmen: §§ 1205 Abs. 2, 1206.[4])

§ 5.

Entstehungsgründe und Objekte des Pfandrechts.

I. Die Entstehungsgründe des Pfandrechts sind
   1. Rechtsgeschäft,
   2. Richterspruch.
   3. Gesetz.

[1]) Ob der Gläubiger wusste, dass derjenige, dem er die Pfandsache (z. B. zur Verwahrung) gab, Eigentümer war oder nicht, ist gleichgültig. Cosack, II, S. 299, § 244.

[2]) Dieser Vorbehalt wird als Rechtsverwahrung im Sinne des § 1, II, 1 aufzufassen sein.

[3]) Das österr. B. G. B. § 467 bestimmt, dass das Pfandrecht erlischt, wenn sich der Gläubiger seines Rechtes auf die verpfändete Sache gesetzmässig begiebt, oder wenn er sie dem Schuldner ohne Vorbehalt zurückstellt. Dies ist aber, wie Demelius, I, S. 161, 162 aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nachgewiesen hat, im Sinn der §§ 253, 254, I, 20 A. L. R. zu verstehen: Der Vorbehalt kommt dem Gläubiger nur gegen den Empfänger, nicht gegen Dritte zustatten. Dernburg, Preuss. Privatr., I, S. 885, Ostermeyer, S. 398. Im gemeinen Recht bewirkte Rückgabe des Pfandes den Verlust des Pfandrechts nur dann, wenn in der Rückgabe ein stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht liegen sollte. Johow, III, S. 1872. Bradt, S. 57, § 10.

[4]) Wieviel Gewicht das B. G. B. auf die Erkennbarkeit legte, beweist es klar dadurch, dass auch die gesetzlichen Pfandrechte, die es zulässt, sich nur auf Sachen erstrecken, die der Besitzsphäre des Gläubigers möglichst nahegerückt sind.

Das Pfandrecht, das bei der Uebereignung vorbehalten wird, entsteht durch Rechtsgeschäft. Dies Rechtsgeschäft ist nach römischem und gemeinem Recht ein Vertrag oder eine letztwillige Verfügung, nach B. G. B. nur ein Vertrag.[1])

II. Gegenstand des Pfandrechts[2]) war in der ältesten Zeit nur die körperliche Sache.[3]) Im späteren römischen Recht, im gemeinen Recht und im B. G. B. sind als Objekte alle Gegenstände geeignet, die einen Verkaufswert haben und dem Verkehr nicht entzogen sind.

III. Zu berücksichtigen ist

1. für das römische und gemeine Recht nur das Pfandrecht an körperlichen Sachen, weil nur bei ihnen die in unserem Thema vorausgesetzte Uebereignung möglich ist.

2. für das heutige bürgerliche Recht nur das Pfandrecht an beweglichen Sachen, weil sich nach B. G. B. das „Pfandrecht" an Sachen auf die beweglichen Sachen beschränkt.

III. Abschnitt.

Das Pfandrecht ein dingliches Recht.[4])

§ 6.

Beweis.

Von mehreren — unten zu benennenden — Schriftstellern ist behauptet worden, dass das römische Pfandrecht ein obligatorisches Recht sei. Für die älteste Zeit ist dies richtig. Darum war in dieser Zeit ein buchstäb-

[1]) Letztwillige Verfügung hat das B. G. B. als Begründungsakt nicht anerkannt; sie giebt dem Vermächtnisnehmer nur einen Anspruch gegen den Erben auf Bestellung des Pfandrechts. B. G. B.; § 2174.

[2]) Bradt, S. 36—40, § 5.

[3]) Pfaff bei Grünhut, I, S. 55.

[4]) Exner, Pfandr., S. 47—53; Goldschmidt, S. 5 9, 21—22.

licher Vorbehalt des Pfandrechts bei der Uebereignung unmöglich. Denn vorbehalten kann man sich nur, was man schon hat: der Veräusserer kann aber gegen sich selbst keinen persönlichen Anspruch gehabt haben.

Allmählich jedoch wurde das Pfandrecht an körperlichen Sachen der richtigen Ansicht nach ein dingliches Recht. Die dingliche Natur des Pfandrechts haben wir, da die Erörterung dieses Streitpunktes von besonderer Bedeutung gerade für den Vorbehalt des Pfandrechts ist, im folgenden nachzuweisen.[1]) Dann haben wir diejenigen Schriftsteller hervorzuheben, die aus der Obligationseigenschaft des Pfandrechts auf die rechtliche Natur des Pfandrechtsvorbehalts Schlüsse ziehen.

Wir verstehen unter dinglichen Rechten diejenigen Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand eine körperliche Sache ist.[2]) [3]) Als Kennzeichen der dinglichen Natur des Pfandrechts führen wir folgendes für das römische, gemeine und heutige Pfandrecht an:

[1]) Weiske (Rechtslexikon ad vocem Pfandrecht) hält diesen Streit für müssig, da die Frage über die dingliche Natur des Pfandrechts erst von der neueren Doktrin herrührt und in den römischen Quellen niemals erwähnt wird.

[2]) Ob das Schwergewicht auf das positive Herrschaftsrecht oder auf das Verbotsrecht an Dritte zu legen ist, dürfte für die von uns gestellte Frage, ob das Pfandrecht ein dingliches Recht ist, belanglos sein. Vgl. die Vertreter verschiedener Auffassungen:

1) Dernburg, Pand., I, S. 47 und Endemann, II, S. 12 heben die positive Seite des dinglichen Rechts, die Herrschaft, hervor;

2) Windscheid-Kipp, I, § 38 betont nur die negative Seite: Das Verbot an Dritte, in die Rechtssphäre des Berechtigten einzugreifen. Vgl. auch Gierke: Deutsch. Privatr., I, S. 257 u. 258, § 29.

3) Fuchs, S. 17 und 101 identificiert Dinglichkeit mit Absolutheit des Klageschutzes.

[3]) Ähnliche Definition bei Matthiass, II, S. 4, § 1.

1. Zur Geltendmachung des Faustpfandrechts ist keine Verurteilung des Schuldners nötig. B. G. B. § 1228.

2. Schon vor Fälligkeit der Forderung hatte der Pfandgläubiger die actio negatoria, die actio confessoria und die condictio furtiva. Nach B. G. B. hat der Gläubiger bei Beeinträchtigung seines Rechts die aus dem Eigentum entspringenden Ansprüche. § 1227 B. G. B.[1])

3. Das Pfandrecht ist ein absolutes Recht. Denn die Pfandsache haftet trotz eines etwaigen Eigentumswechsels dem Gläubiger weiter.[2])

4. Pfandrechte sind im allgemeinen einander über- und untergeordnet nach dem Rang der Priorität. Forderungsrechte haben gleichen Rang.

5. Das Pfandrecht wurde als ius in re, die actio hypothecaria als vindicatio oder in rem actio etc. bezeichnet.[3]) Das B. G. B. nennt in seiner Definition das Pfandrecht eine Belastung der Sache. § 1204.

6. Im Konkurs gewährt das Pfandrecht ein Absonderungsrecht.[4]) Insofern bezeichnet Cosack (II. S. 2) den Konkurs als den Prüfstein der Dinglichkeit.

Für das römische und gemeine Recht speciell haben wir noch folgende Punkte anzuführen:

1. Das Petitum der actio hypothecaria ging nicht auf Zahlung der Forderung, sondern auf Herausgabe der Sache zum Besitz nach Anerkennung des klägerischen Besitzrechts.[5]) Im Falle der Weigerung wurde der Schuldner auf den Wert der Pfandsache, nicht zur Zahlung der Forderung verurteilt.

[1]) Über die Klagen vgl. Gierke, Fahrnisb., S. 33—34; Scherer, S. 335.

[2]) Eine Ausnahme besteht nach B. G. B. § 1207 für den Fall, dass ein Dritter gutgläubig die Sache als lastenfreie erwirbt.

[3]) l 30 D de noxal. act 9—4, l 19 pr, l 9 § 5, l 11, l 12, l 15, § 25 D de damn. inf. 39—2, l 9 D de op. nov 39—1, l 8 § 1, Cod 7—39.

[4]) Puchta, II, S. 243, § 188. K K O, §§ 48, 49.

[5]) Grünhut, V, S. 21.

2. die longi temporis praescriptio, die nur gegen dingliche Klagen gestattet sein sollte, war gegen die Pfandklage zulässig.

3. die Verpfändung wurde als Veräusserung (alienatio) betrachtet. L 7 Cod de reb. alien. non alienand. 4—51.

Das B. G. B. hat folgende dem römischen Recht unbekannte Merkmale der Dinglichkeit des Pfandrechts:

1. Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht dem Rechte vor, es sei denn, dass der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist. § 1208.

2. Das Pfandrecht ist im Sachenrecht geregelt. Dass im Anschluss an das Pfandrecht an beweglichen Sachen im Sachenrecht auch das Pfandrecht an Rechten geregelt wird, ist kein Gegenbeweis. Der Grund ist ein rein redaktioneller, gerechtfertigt durch den beiden gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck und die ähnliche Behandlung (§ 1273 Abs. 2 B. G. B.) beider. Dagegen wird man nicht behaupten können, dass das Pfandrecht an Sachen nur anhangsweise wegen Zusammenhangs mit einem sonstigen dinglichen Recht im Sachenrecht geregelt wird (Johow I S. 3).

§ 7.

Widerlegung abweichender Ansichten.

Als Gegner unserer Auffassung haben wir für das römische Recht zu bezeichnen:

I. Büchel[1]): Er sieht in dem Pfandrecht ein Forderungsrecht mit der Modifikation, dass hier nicht eine Person, sondern eine Sache als verpflichtetes Subjekt erscheint. In der Meinung, dass auf dieser Modifikation die dingliche Pfandklage (actio in rem) beruhe, bezeichnet Büchel das Pfandrecht als ein dingliches Forderungsrecht.[2]) Die Gründe, die er für die obligatorische Natur des Pfandrechts

[1]) Civilrechtliche Erörterungen Bd. I: Über die Natur des Pfandrechtes.

[2]) Hoffmann, I, S. 25, 26 schliesst sich ausdrücklich an Büchel an.

angiebt, sind teils nur Vergleichspunkte, teils führt er Sätze an, die er nur aus der obligatorischen Natur des Pfandrechts erklären kann, die aber in Wirklichkeit auf andere Weise auszulegen sind. Es ist nicht unsere Aufgabe, uns hier auf eine Widerlegung seiner Gründe einzulassen. Wir verweisen darum auf Lang[1]) und Dernburg.[2])

II. Sintenis[3]) sieht wie Büchel in dem Pfandrecht ein dingliches Forderungsrecht. Doch erscheint nach seiner Ansicht nicht die Sache selbst als das verpflichtete Subjekt, weil die Quellen eine Sache niemals wie eine Person behandeln, sondern der jeweilige Eigentümer der Sache.[4]) Zur Begründung seiner Ansicht stützt er sich auf Büchel. Darum ist eine spezielle Widerlegung überflüssig.

III. Vangerow[5]) sieht zwar das Pfandrecht als ein dingliches Recht an, findet aber einen wesentlichen Unterschied desselben von den anderen dinglichen Rechten darin, dass das Pfandrecht keine materiell im Umfang des Eigentums liegenden Befugnisse enthalte; beim Pfandrecht liege vielmehr nur eine obligatio rei vor, d. h. Gläubiger und Sache müssten als in einem Verhältnis zu einander stehend gedacht werden wie Gläubiger und Schuldner. Als Argument für seine Behauptung führt er mehrere Gründe von Büchel und Sintenis an, da er diesen mit seiner Auffassung sehr nahe steht. Insoweit verweisen wir auch hier auf Lang und Dernburg.[6]) Seine Ausführungen werden aber auch in unserer Abhandlung ihre Widerlegung finden, indem wir nachweisen werden, dass auch die anderen dinglichen Rechte nicht als materielle Eigentumsbefugnisse aufzufassen sind.

[1]) Archiv, S. 367–396.
[2]) Pfandr., I, S. 120; II, S. 110, 111 § 95.
[3]) Civilrecht, I, S. 602, § 67; Pfandr. S. 5, 209, 210.
[4]) Pfandr. S. 7.
[5]) S. 908–914, 996, 997.
[6]) s. o. Note 2.

Für das B. G. B. ist die dingliche Natur des Pfandrechts bisher noch nicht bestritten worden. Sie ergiebt sich auch sehr deutlich, sowohl aus den Vorarbeiten[1]), als auch aus dem Gesetz.[2])

IV. Abschnitt.

Eigentum, beschränkte dingliche Rechte und deren Vorbehalt.

§ 8.

Begriff des Eigentums.

I. Eine Definition des Eigentums haben die römischen Rechtsquellen nicht gegeben. Aber die Wissenschaft hat den jetzt fast allgemein angenommenen Grundsatz aufgestellt, dass Eigentum das Recht der an sich vollkommenen, nur durch das Gesetz beschränkten Herrschaft über eine körperliche Sache gegenüber jedermann ist.[3])

Eine Aufzählung aller einzelnen aus dem Eigentum fliessenden Befugnisse ist:

1. unmöglich, da das Eigentum alle überhaupt möglichen[4]) Befugnisse enthält, deren durch den steten Wechsel des Lebens hervorgerufene Mannigfaltigkeit niemand zu überschauen vermag[5]).

[1]) Vgl. z. B. Johow, III, S. 1425—1431 und S. 1828; Motive, III, S. 595.

[2]) s. o. S. 10.

[3]) Matthiass, II, S. 44 u. 45, § 13.

[4]) Matthiass, II, S. 2, § 1.

[5]) Puchta im Rheinischen Museum S. 308, 309. Das deutsche Recht pflegte die Befugnisse des Eigentümers aufzuzählen, weil es als Eigentümer jeden anerkannte, der ein weitgehendes Recht an der Sache hatte. A. L. R., I, 8, §§ 9—12.

2. überflüssig, weil das Eigentumsrecht ein einheitliches Recht ist:[1]) es setzt sich nicht aus der Summe seiner Befugnisse zusammen, jedoch fliessen die Befugnisse aus dem Eigentum. Wegen der Einheit des Eigentums klagt man bei Verletzung desselben schlechthin aus dem Eigentum (rem meam esse . . .), nicht aus einer einzelnen Befugnis.[2]) Schon aus diesem Grunde ist es unrichtig, ein beschränktes Recht als eine Befugnis zu betrachten, die vom Eigentum abgelöst[3]) und auf einen anderen übertragen ist.

Alle diese Befugnisse stehen dem Eigentümer nur an sich zu, d. h. soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen.[4]) Sie sind also nur ein naturale des Eigentums. Das Eigentum kann bestehen, auch ohne dass dem Eigentümer die volle Herrschaft über die Sache zusteht, wenn nur beim Aufhören der Beschränkungen die volle Gewalt des Eigentümers wieder eintritt.[5])

Den Beweis für den Fortbestand des Eigentums trotz des Bestehens von dinglichen Rechten Dritter liefern uns alle später zu erörternden Gesetzesstellen, die einen qualitativen Unterschied von Eigentum und sonstigen dinglichen Rechten normieren: Denn wenn das beschränkte dingliche Recht etwas anderes ist als ein Teil des Eigentums, so erleidet das Eigentum keine substanzielle Verletzung durch dingliche Rechte.

Die einzelnen Befugnisse, die aus dem Eigentum hervorgehen, sind, wie der Zahl nach, so auch dem Inhalt nach unbegrenzt; der Eigentümer kann sie geltend machen, wie er will: zu seinem Nutzen wie zu seinem Schaden.

[1]) Bradt, S. 26.

[2]) Keller, I, S. 248; Koch, I, S. 421, 422.

[3]) Zu Missverständnissen führt die Darstellung Crome's (S. 314, § 71), dass das dingliche Recht aus der Rechtsfülle des Eigentums ausgeschieden werde. Unrichtig Beseler, S. 291, § 81.

[4]) Abgesehen von der ältesten Zeit, wo es vollkommen unbeschränkt war. Dernburg, Pand., I 2, S. 56; Johow, I, S. 495.

[5]) Dernburg, Preuss. Privatr., I, S. 427, 428; Grünhut, I, S. 69.

Wenn Wirth[1]) und nach ihm Brinz[2]) das Wesen des Eigentums nicht in der Herrschaft, sondern nur in dem rechtlichen Pertinenzverhältnis der Person zur körperlichen Sache sehen, so behaupten sie damit nichts weiter, als was wir oben[3]) in der Definition des Eigentums mit den Worten „an sich“ gesagt haben. Die von ihnen vorgeschlagene Definition aber, die sich in dem rechtlichen Pertinenzverhältnis der Person zur Sache erschöpft, ist viel zu weit gefasst, weil jeder dinglich Berechtigte in diesem Verhältnis zur Sache steht.[4])

II. Auch das B. G. B. giebt keine Definition des Eigentums. Die wissenschaftliche Definition des römischen Rechts gilt auch für das B. G. B. Daraus folgt:

1. Das Eigentum ist ein einheitliches.

Wenn das B. G. B. in § 903 bestimmt: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen“, so will es damit keine Definition geben, sondern nur die aus dem Eigentum entspringenden Folgen hervorheben.

Der § 903 enthält ferner keine erschöpfende Aufzählung aller Befugnisse des Eigentümers, da eine solche, wie wir oben[5]) gesehen haben, unmöglich und überflüssig ist. Er giebt vielmehr nur ganz allgemein an, dass der Eigentümer

a) die thatsächliche und rechtliche Herrschaft über die Sache,

b) das Recht der Ausschliessung Dritter hat.

Die Aufführung einzelner Befugnisse, z. B. des Besitzrechts, des Benutzungsrechts und des Verfügungsrechts wurde in beiden Kommissionen ausdrücklich abgelehnt[6]),

[1]) Beiträge, S. 31.
[2]) I, S. 470—475.
[3]) s. o. S. 13, vgl. auch o. S. 14.
[4]) Piniński, S. 8.
[5]) s. o. S. 13, 14.
[6]) Planck, III, S. 131; Protok. III, S. 118.

weil eine derartige Aufzählung leicht das Missverständnis hervorrufen könnte, dass das Eigentum aus der Summe seiner Befugnisse bestehe.

Das Eigentum wird, da es ein einheitliches ist, durch Rechte Dritter an der Sache nicht zerstört. Dies beweisen alle diejenigen Paragraphen des B. G. B., die einen Eigentümer und einen sonstigen an der Sache Berechtigten neben einander kennen.[1])

2. Das Eigentum des B. G. B. ist nur durch das Gesetz beschränkt. Der Eigentümer kann mit der Sache nach Belieben verfahren. Dadurch unterscheidet sich das Eigentum von den beschränkten dinglichen Rechten, die das B. G. B. als Rechte an Sachen (§ 873) bezeichnet. Letzteren sind vom Gesetz Schranken gezogen: neue Sachenrechte kann die Privatwillkür nicht schaffen.

§ 9.

Verhältnis des Eigentums zu den beschränkten dinglichen Rechten und Folgen für den Vorbehalt.

Im Gegensatz zum Eigentum sind die anderen dinglichen Rechte eingeengt:

1. durch den constituierenden Vertrag, der die Art des dinglichen Rechts individuell bezeichnen muss.

2. durch das Gesetz, das nur eine bestimmte Zahl von dinglichen Rechten kennt, also das Prinzip der Vertragsfreiheit aus dem Sachenrecht verbannt hat.[2])

Betrachten wir nun das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte unter dem Gesichtspunkt des Vorbehalts, so sehen wir:

1. Wollte man einerseits sich bei der Übereignung von Sachen einzelne Eigentumsbefugnisse zurückbehalten, so würden diese in ihrer Unbeschränktheit eine besondere Klasse von Rechten bilden, die mit den beschränkten dinglichen

[1]) Vgl. z. B. §§ 1205, 1206 B. G. B.; Motive, III, S. 262; Turnau-Förster, I, S. 254.

[2]) Dernburg, B. G. B., III, S. 183, § 62; Motive, III, S. 1.

Rechten nicht auf eine Stufe zu stellen wären. Solche Rechte werden aber weder in den römischen Rechtsquellen, noch im B. G. B. erwähnt; sie können auch von den Parteien nicht willkürlich geschaffen werden, weil die Vertragsfreiheit im Sachenrecht eingeschränkt ist.

2. Andererseits kann man einen buchstäblichen Vorbehalt von beschränkten dinglichen Rechten nicht konstruieren, weil

a) man sich nur vorbehalten kann, was man hat, und

b) dem Eigentümer das in Frage kommende dingliche Recht vorher nicht zugestanden hat.

3. Wenn der buchstäbliche Vorbehalt unmöglich ist, so kann nur eine Neubestellung des dinglichen Rechts vorliegen. Wer diese Neubestellung vornimmt, soll später erörtert werden.

Was hier von den dinglichen Rechten allgemein gesagt ist, bezieht sich natürlich auch auf das Pfandrecht. Für dieses haben wir den Nachweis der Richtigkeit unserer Behauptungen aus den Quellen zu liefern. Das soll unter einem doppelten Gesichtspunkt geschehen.

1. Der Vorbehalt ist eine Neubestellung. Dieser Nachweis ist erbracht, wenn wir einen qualitativen Unterschied von Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten statuiert haben.

2. Dann haben wir zu untersuchen, wer das Pfandrecht bestellt.

V. Abschnitt.

Die Konstruktion des Vorbehalts des Pfandrechts.

1. Das vorjustinianische Recht.

§ 10.

Quellennachweise für die Servituten.

Das vorjustinianische römische Recht schweigt vom Vorbehalt des Pfandrechts, obwohl die Entstehung des Faust-

rechts auf die älteste Zeit zurückzuführen ist.[1]) Wir sind darum genötigt, die Servituten zu Hilfe zu nehmen, von denen bezüglich der Konstruktion des Vorbehalts zweifellos dasselbe gegolten haben wird. Diese Analogie rechtfertigt sich durch die Ähnlichkeit beider Institute. Besonders nahe verwandt ist das Pfandrecht mit dem Niessbrauch[2]), z. B.:

1. Beide sind dingliche Rechte an fremder Sache und nur auf Zeit berechnet. Sie können a tempore und ad tempus bestellt werden.[3]) Die Rückgabe der Sache nach Beendigung des Zweckes ist gesichert beim Niessbrauch durch die dem Eigentümer bestellte Sicherheit, beim Pfandrecht durch die actio pigneraticia.[4])

2. Beide können an beweglichen und unbeweglichen körperlichen Sachen und an Rechten begründet werden.

Die Ähnlichkeit beider Institute ist von den römischen Juristen oft hervorgehoben und hat zu vielen Schlüssen von dem einen Institut auf das andere geführt.[5])[6])

Die civilen vertragsmässigen Entstehungsformen der Servituten waren:

1. die manicipatio: für die servitutes praediorum rusticorum (da diese als res mancipi galten).

[1]) Bachofen, Pfandr., I, S. 4; Dernburg, Pfandr., I, S. 47.

[2]) Dernburg, Pfandr., I, S. 130.

[3]) 14 D de usufr. etc. 7—1; 16 D qu. m. pign. 20—6.

[4]) 165 D de usufr. 7—1.

[5]) Vgl. die von Dernburg, Pfandr., I, S. 130 dafür citierten Stellen, namentlich 144, § 5 D de usurp. 41—3: »Weil man mit Ersitzung einer Sache nicht den daran bestehenden Niessbrauch ersitzt, kann man auch ein an der Sache begründetes Pfandrecht nicht ersitzen.«

[6]) Die wichtigsten Unterschiede des Niessbrauchs vom Pfandrecht sind folgende:

a) Der Niessbrauch ist ein civiles, das (hier zu behandelnde) Pfandrecht ein prätorisches Institut;

b) der Niessbrauch beansprucht den Gebrauchswert, das Pfandrecht den Tauschwert der Sache. Dernburg, Pand., I, 2, S. 170;

2. die in iure cessio: für alle Servituten,

3. die deductio gelegentlich der Übereignung von Sachen, gleichgültig, ob die Übereignung durch mancipatio oder durch in iure cessio geschah. Die deductio war für alle Servituten statthaft.[1])

Bei der mancipatio (Scheinkauf) sprach der Erwerber die Worte: hanc ego rem ex iure quiritium meam esse aio eaque mihi empta esto pretio deducto usufructu[2]) und gab den Scheinpreis unter besonderen Formalitäten dem Veräusserer.

Damit hatte er das Eigentum, der Veräusserer den ususfructus erworben.

Dies ganze Geschäft ist als ein Akt aufzufassen. Denn wären es zwei Akte, nämlich die Übereignung und die darauf folgende Bestellung der Servitut, so müsste dies in der Form zum Ausdruck kommen: der Erwerber der Sache müsste die Servitut nach erlangtem Eigentumserwerb durch mancipatio oder in iure cessio bestellen.

Als Erklärung für die besondere Form der deductio ist zweierlei denkbar:

1. Entweder war den Römern damals der Unterschied von Eigentum und dinglichen Rechten nicht zum Bewusstsein

c) der Niessbrauch berührt das Eigentum nicht, das Pfandrecht zerstört es (durch den Verkauf der Sache);

d) der Zweck des Niessbrauchs ist unmittelbar die Benutzung der Sache; der Zweck des Pfandrechts ist die Sicherstellung einer Forderung.

Diese Unterschiede sind nicht dergestalt, dass sie in Ansehung des Vorbehalts eine Abweichung ergeben könnten.

[1]) cfr. Gaius, Inst. II, 33; Paulus, Vat. fr., § 47.

[2]) Pernice (III, S. 97, 98) nimmt an, dass der Veräusserer die Bedingungen (leges) des Verkaufs aussprach und unmittelbar darauf die Mancipation erfolgte, in welcher der Erwerber ganz allgemein auf die Bedingungen hinwies.

Dies ist sehr unwahrscheinlich, zumal da uns die Formel mit dem speciellen Zusatz deducto usufructu überliefert ist (Paulus, Vat. fr., § 50).

gekommen, sodass sie in der mancipatio deducto usufructu die Verschaffung des Eigentums abzüglich eines Teiles desselben, nämlich des usufructus, erblickten, oder

2. sie haben die besondere Form der deductio nur aus Zweckmässigkeitsgründen erfunden, weil sie vermeiden wollten, dass der Veräusserer, der durch mancipatio das Eigentum übertragen hatte, zum Zweck der in iure cessio der Servitut mit dem Erwerber besonders nach Rom gehen müsste. (Denn die einfachere Form der mancipatio war nur bei servitutes praediorum rusticorum zulässig.)[1])

Die in iure cessio geschah vor dem Prätor in der Form eines Scheinprocesses. Der Erwerber sprach die Worte: aio hanc rem meam esse deducto usufructu. Der Gegner

[1]) Dernburg, Pfandr., I, S. 276. Nur das erstere nimmt für die ältere Zeit Degenkolb, S. 160, 161 an. Er zieht daraus 3 Schlüsse:

a) Es stammt daher die in den Pandekten sich häufig findende Bezeichnung des usufructus als pars dominii (z. B. l 76, § 2, D de legat II, l 4, D de usufr. 7—1), die allerdings nur relative Bedeutung hat. Dernburg, Pfandr., I, S. 132, Freisen, S. 23—33.

b) Aus dieser Anschauung erklärt Degenkolb auch die Behauptung des Pomponius, dass die deductio ad certum tempus unzulässig, die translatio ad certum tempus zulässig sei. Pomponius habe den Vorbehalt des Niessbrauchs bei der Übereignung der Sache als Zurückbehalten eines Teiles des Eigentums angesehen, und das Eigentum widerstrebe dem dies ad quem; dagegen sei der usufructus, wenn er selbständig begründet wurde, (translatio) auch nach damaliger Anschauung kein Stück Eigentum und daher die translatio ad certum tempus zulässig gewesen. Paulus, Vat. fr., § 50 lässt auch die deductio ad certum tempus zu. Degenkolb, S. 159, 160, § 6.

c) Die Unzulässigkeit der deductio ex certo tempore folgert Degenkolb aus der buchstäblichen Auffassung des Wortes deductio: Zurückbehalten kann man nur das, was schon besteht, nicht das Zukünftige. Ebenso Bruns, S. 101.

unterliess dann die Kontravindikation. Deshalb addicierte der Prätor die Sache deducto usufructu. Hiermit erwarb der Vindikant das Eigentum, der Veräusserer den ususfructus.

Ob die vindicatio deducto usufructu im ernstlichen Prozess statthaft war, ist bestritten. Ihering[1]) bejaht die Frage, Czyhlarz[2]) verneint sie, weil der Richter nur die Eigentumsfrage, die von der deductio nicht berührt wird, entscheiden würde.[3])

Bei der in iure cessio war die addictio deducto usufructu jedenfalls zulässig, wie Paulus (Vat. fr. § 50) berichtet: Die in iure cessio offenbarte hier ihren Charakter als Rechtsgeschäft in einzelnen Modifikationen der ernstlichen rei vindicatio.

Die Uebereignung durch in iure cessio mit der deductio bildet auch nur **einen** Akt, während man konsequent 2 Akte erwartet hätte. Diese Erscheinung lässt sich ganz wie bei der mancipatio[4]) auf zweierlei Weisen erklären:

1. Entweder war den Römern der ususfructus ein Teil des Eigentums, den sich der Veräusserer in wahrem Sinne zurückbehielt, oder

2. die beiden Geschäfte wurden aus Zweckmässigkeitsgründen im Widerspruch mit der Logik in **ein** Geschäft zusammengezogen.

Sowohl bei der mancipatio als auch bei der in iure cessio geht, wie wir gesehen haben, das Eigentum und der ususfructus in **einem** Akt über. Das bedeutet vom Standpunkt des Erwerbers: er erhält das Eigentum nur deducto usufructu: vom Standpunkt des Veräusserers: er veräussert

[1]) Geist d. röm. R., III, § 52, S. 80—82.

[2]) § 11, S. 73, 74.

[3]) Ferner kann man in der vindicatio deducto usufructu weder einen Vertrag (da der Beklagte seine Servitut bestreitet und sein Eigentum behauptet), noch eine confessio in iure erblicken, (da der Beklagte die Servitut nicht beansprucht hat).

[4]) s. o. S. 19, 20.

das Eigentum minus des ususfructus. Dennoch erblickte man, wenigstens zu Gaius' Zeit, in dem ususfructus keinen Teil des Eigentums: man nahm vielmehr an, dass er bei der Veräusserung der Sache neu begründet werde. Dies drückt Gaius in Inst. II 33 mit dem Worte constitui aus:

Quod autem diximus, usumfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit, eo quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ususfructus mancipatur, sed, quum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit. Aehnlich Paulus Vat. fr. § 47.

Die hier angenommene Neubegründung kann aber weder der Erwerber der Sache vornehmen, weil ihm die Sache im Augenblick der Entstehung des ususfructus noch nicht gehört: noch der Veräusserer, weil er sich an seiner eigenen Sache keine Servitut bestellen kann (nulli res sua servit. l 5 pr D si usufr. 7—6, l 26 D de serv. 8—2).

In dieser Auffassung der römischen Juristen liegt ein unlösbarer Widerspruch. Das erkannten die Römer selbst. Darum scheuten sie sich, als an res necmancipi durch blosse Tradition quiritarisches Eigentum übertragen werden konnte, die deductio auch bei der Tradition zuzulassen. Dies berichtet Paulus in Vat. fr. § 47: In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest: nec in homine si peregrino tradatur: civili enim actione constitui potest, non traditione, quae est iuris gentium.[1])

§ 11.

Ablehnung der lex dicta.

Einige neuere Juristen haben versucht, diesen Widerspruch zu lösen: Der Veräusserer habe sich durch einen besonderen Begründungsmodus, die lex dicta, die Servitut bestellt: die lex dicta sei schon in den XII Tafeln bestätigt: für letztwillige Verfügungen in den Worten: uti legassit (pater

[1]) Puchta, II, S. 525, § 236.

familias) super familia tutelave suae rei, ita ius esto, und für Geschäfte unter Lebenden in den Worten: cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto. — Die lex dicta sei ein Mittel gewesen, streng einseitig (im Gegensatz zum pactum) in befehlenden Worten einer Sache, die man veräussere, bei der Uebergabe eine Beschränkung anzuheften, so dass sie nur mit dieser Beschränkung in das Eigentum des Erwerbers gelange. Diese Wirkung habe die lex in Verbindung mit einer Veräusserung aus eigener Kraft gehabt, nicht etwa als Reflexwirkung des damit verbundenen Mancipationsaktes.

Diese Ansicht haben Pernice, Reidemeister und Ihering verteidigt, jedoch weichen sie in einzelnen anderen Punkten von einander ab:

1. Pernice[1]) vermutet, dass den Juristen des zweiten Jahrhunderts n. Chr. das Gefühl für die besonderen Eigenschaften der lex verloren ging,

2. Reidemeister lässt die lex auch für das justinianische Recht gelten.[2]) Im Gegensatz zu Pernice behauptet Reidemeister, dass bei der mancipatio der Erwerber die Worte deducto usufructu sprach; dass dies aber der Annahme einer lex rei suae dicta nicht entgegenstehe, weil der Formalismus des römischen Rechts dem Veräusserer zu sprechen verbiete. Die Erklärung von Pernice, dass der Veräusserer selbst gesprochen und damit die Servitut auferlegt habe,[3]) ist naeh dem, was uns die Quellen über die mancipatio berichten, abzulehnen.

Im übrigen führt Reidemeister nur die Gedanken von Pernice aus. Besonders viel Gewicht legt er auf die Worte der XII Tafeln: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto. — Aber Pomponius sagt in l 120 D de verb. sign. 50—16, dass diese Worte durch Inter-

[1]) I, S. 474—478; III, S. 19—24, 97—114.

[2]) Hierüber s. unten S. 50—52.

[3]) Pernice, Labeo III, S. 97, 98.

pretation einzuengen sind, und Pernice giebt selbst zu, dass die besonderen Wirkungen des ita ius esto im Wesentlichen auf die Testamentserrichtung einzuschränken seien.[1])

3. Ihering[2]) weicht von den anderen beiden Schriftstellern in folgenden Punkten ab:

a) Er leitet die Kraft der lex aus der Zustimmung des Gegners her; Reidemeister lässt ihr dieselbe Kraft, auch wenn sie mit den vorhergehenden Vereinbarungen im Widerspruch steht.

b) Er legt das Hauptgewicht auf das Gehorchen, während Pernice und Reidemeister die dingliche Wirkung der lex mehr hervorheben. Von Gehorchen kann aber nur die Rede sein, wenn der Empfänger zu persönlichen Leistungen verpflichtet wird.

c) Endlich verleiht Ihering[3]) im Gegensatz zu Reidemeister der lex die Kraft, Rechtsverhältnisse zu schaffen, die sonst die Privatautonomie nicht hervorbringen konnte, z. B. Prädialservituten ohne die Erfordernisse der Vicinität[4]) und Utilität[5]), und Servituten, mit denen eine res communis (das Meer) belastet wird.[6])

Die Erklärungen dieser drei Schriftsteller stehen und fallen mit der besonderen Eigenschaft der lex dicta. Den Nachweis, dass die lex dicta vom pactum bezüglich der Nebenbestimmungen nicht wesentlich verschieden sei, hat Bechmann (I S. 234—302) geführt. Einen Unterschied findet er nur darin, dass das pactum auch äusserlich selbstständig auftreten kann (z. B. als nachträglich getroffene Nebenbestimmung), während die lex immer als Bestandteil des Gesammtgeschäfts erscheint.[7])

[1]) Pernice, Labeo I, S. 486.
[2]) Geist, III, S. 141, 142, § 53; Jahrb., X, S. 552 fg.
[3]) Jahrb., X, S. 552 fg.
[4]) 1 6 D comm. praed., 8—4.
[5]) 1 19 D de serv., 8—1.
[6]) 1 13 D comm. praed., 8—4.
[7]) Bechmann, I, S. 276.

Auch Pernice, Reidemeister und Ihering haben den scharfen Unterschied, den sie am Anfang machten, nachher abgeschwächt:

1. Pernice, indem er der einseitigen Erklärung ihre volle Kraft nur für die Testamentserrichtung lässt und zugiebt, dass den römischen Juristen des zweiten Jahrhunderts der Unterschied von lex und pactum überhaupt nicht mehr klar war,

2. Reidemeister, indem er einräumt, dass die Worte lex und pactum häufig als gleichbedeutend gebraucht werden[1]),

3. Ihering, indem er behauptet, dass die lex ihre Kraft erst aus der Zustimmung des Gegners gewinne. Hiermit hebt er fast seine ganzen Bemerkungen über die lex dicta auf; denn wenn die lex erst durch die Zustimmung des Gegners wirksam wird, so ist sie nicht streng einseitig; der Veräusserer verdankt das erworbene Recht nicht sich selbst, sondern seinem Gegner.

Das Wesen und die Wirkung der lex erklärt Bechmann auf folgende Weise:

1. lex im formellen Sinn ist der Vertragsentwurf in seiner Totalität, der alle Bestimmungen des Vertrages enthält. Diesen Entwurf macht der Veräusserer. Denn:

a) Dies ist das Natürliche, weil er die Sache im Augenblick der Feststellung des Entwurfs noch in Händen hat.

b) Es ist auch damit zu erklären, dass der Staat, der viele Veräusserungen vornahm, hierbei als Machtfaktor in befehlender Form die Bedingungen aufstellte, und dass dies auf den Privatverkehr übertragen wurde.

Die lex ist wie für die Mancipation, so auch für andere Geschäfte zulässig. In Verbindung mit der Mancipation heisst sie lex mancipii. An der Kraft der Mancipation nahm sie als solche nicht teil.[2])

In dieser Bedeutung gebraucht auch Voigt[3]) den Aus-

[1]) Reidemeister, S. 26.
[2]) Bechmann, S. 264—273.
[3]) Voigt, Die XII Tafeln, I.

druck legem dicere bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Die entsprechende Bezeichnung für Verfügungen von Todes wegen ist legare suae rei.

2. lex im materiellen Sinn bedeutet die einzelnen Modalitäten eines Vertrages. Diese können:

a) in das Mancipationsformular aufgenommen werden, wenn sie das Wesen der Mancipation als Baarkauf nicht zerstören und die einseitige Rede des Erwerbers der Sache zulassen. Hierhin gehört die deductio von Servituten. Diese hatte den Zweck, die Haftung des Verkäufers zu beschränken: er brauchte nicht zu gewährleisten, dass die Sache frei von Servituten sei. Ob die Servitut schon bestand oder ob sie erst bei der Uebereignung begründet wurde, war gleichgültig. Die deductio konnte demnach in konstitutiver oder in deklarativer Bedeutung auftreten.

b) Die leges können auch als formlose Angaben ausserhalb des Mancipationsritus erscheinen, die aber an der Kraft der Mancipation teilnehmen. In diesem Sinne heissen sie dicta. Hierhin gehört die deklarative Angabe von rechtlichen Eigenschaften der Sache, z. B. von an der Sache bestehenden Servituten.[1])

c) Die leges können auch Angaben sein, deren Gültigkeit auf einem von der Mancipation unabhängigen Grunde beruht.

Die lex ist aber, in welcher Form sie auch auftreten mag, niemals einseitig: sie bedarf stets einer Annahme, wenn auch nicht notwendig ausdrücklich oder sofort. „Das Accept der lex steckt in der Annahme der Sache, über deren Vergabung die lex diktiert wird.“[2]) Wenn man trotzdem die lex als einseitig bezeichnet, wie Brinz[3]) dies thut, so hat dies nur die Bedeutung, dass derjenige, der das Recht er-

[1]) Bechmann, S. 262.
[2]) Brinz, II, S. 710.
[3]) Brinz, II, S. 791.

wirbt, allein **ausdrücklich** handeln muss. In dieser Bedeutung des Wortes „einseitig“ bezeichnet Brinz[1]) auch die mancipatio als „einseitigen Erwerbsakt.“

Die lex ist also unseres Erachtens im allgemeinen mit pactum gleichbedeutend. Darum kann sie auch nicht Rechtsverhältnisse schaffen, die unter anderen Umständen verboten sind. Was Ihering hiergegen anführt, ist schon von vielen Schriftstellern widerlegt[2]), indem unter den Erfordernissen der vicinitas und utilitas[3]), von denen scheinbar beim Retinieren abgesehen wird, ausnahmsweise das „unmittelbare Aneinandergrenzen“ und die „Nützlichkeit für das bestimmte Subjekt“ zu verstehen sind. Wenn ferner nach der l 13 D comm praed 8—4 scheinbar dem Meere eine Servitut auferlegt wird, so hat man die Servitut entsprechend dem Provinzialrecht, auf welches sich unsere Stelle bezieht, als eine persönliche Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers des belasteten Grundstücks aufzufassen.[4]) Ein Ausfluss der lex dicta kann das jedenfalls nicht sein: es wäre auch garnicht einzusehen, warum die lex gerade in diesen Fällen eine sonst über das Privatrecht hinausgehende Kraft haben sollte. Dasselbe müsste dann auch in anderen Fällen gelten, und die lex wäre imstande, eine besondere Klasse von dinglichen Rechten zu schaffen, die sonst dem römischen Privatrecht unbekannt sind.

[1]) Brinz, II, S. 699, Anm. 30.

[2]) Dernburg, Pfandr., I, S. 273; Löhr, III, S. 490—495; Vangerow, I, § 338, Anm. 4, S. 790—792; Zachariae in Hugo's Magazin, II, No. 15, S. 334, 335, § 5 a. E.; Dirksen, I, S. 115; Hoffmann, I, S. 45 (§ 17); Elvers, I, S. 140 (§ 16); Pernice, III, S. 111—114.

Unrichtig: Gaedke, ad M 15 et 19 D de servit. Rostock 1826; Zimmern, Krit. Zeitschr., II, S. 403 fg.; Thibaut, S. 37 bis 47.

[3]) l 61 D de pact. 2—14; l 38, § 17 D de V. O. 45—1; l 15 D de serv. 8—1.

[4]) Pernice, Labeo, III, S. 111—114; Reidemeister, S. 45.

Damit kommen wir auf unsere frühere Behauptung zurück: Der Widerspruch zwischen der Verschiedenheit von Eigentum und Servitut und dem trotzdem stattfindenden Vorbehalt durch den Veräusserer lässt sich nicht lösen.

Hierin stimmen uns bei:

1. Dernburg: Pfandr. I, S. 278,
2. Freisen, S. 55,
3. Degenkolb, S. 161.
4. Czyhlarz, S. 72, 73.
5. Bruns, S. 101: Er sagt: Ususfructus ita quidem proprie non tam constituebatur, quam potius retinebatur. Richtig ist das Umgekehrte: Der Niessbrauch wurde scheinbar zurückbehalten, in Wirklichkeit neu bestellt (Reidemeister S. 7).
6. Sohm, S. 336, § 69. Er führt aus, dass die deductio ein bei der mancipatio und in iure cessio zulässiger Akt war, der bei der traditio sich nicht anbringen liess: bei der traditio bedeutet der Vorbehalt einen zweiten Vertrag neben dem Traditionsvertrag.

§ 12.

Ablehnung anderer Konstruktionen.

Andere Schriftsteller haben den von uns gekennzeichneten Widerspruch nicht empfunden: sie sehen das Eigentum als eine Summe von Befugnissen an, die man einzeln auf andere übertragen kann, und konstruieren daher den buchstäblichen Vorbehalt der Servitut. Zu diesen gehören:

1. Büchel (I, S. 79—84), der die ihm selbst nicht fassliche Gleichstellung des Eigentums und der Servitut nur aus den Worten deducere, recipere und excipere schliessen zu müssen glaubt.
2. Sintenis (Pfandr. S. 209, Civilrecht I, S. 474 u. 543).
3. Vangerow (I, S. 781), der hier in einem ihm eigentümlichen Sinn einen Unterschied zwischen Urbanal- und Rustikal-Servituten macht und in den ersteren abgelöste Eigentumsbefugnisse erblickt, in den letzteren aber nicht.[1])

[1]) Wir jedoch sehen in dinglichen Rechten an fremder Sache niemals Eigentumsbefugnisse.

4. Lang, S. 385, 398, 399.
5. Dirksen, I. S. 110—119.
6. Arndts, § 175. S. 327, § 130. S. 232.
7. Thibaut. S. 37—47.
8. Bachofen. Pfandr. S. 97, 121, 611: Civilr. S. 143.
9. Keller. I. S. 423—425. 247.
10. Puchta, Inst. II. § 256. S. 697.
11. Kühnast. S. 58—63. § 14.
12. Goldschmidt bei Löhr III. S. 480.

Mit einigen Modificationen gehört hierher auch Hartmann (Rechte an eigener Sache). Er führt aus: Ein beschränktes dingliches Recht entstehe nicht durch Ablösung aus dem Eigentum, weil das Eigentum ein einheitliches sei (S. 11); aber die beschränkten dinglichen Rechte seien so zu konstruieren, dass sie auch an eigener Sache möglich seien (S. 6): daher konsolidierten sie, wenn sie in der Person des Berechtigten zu bestehen aufhörten, nicht mit dem Eigentum, sondern blieben in unveränderter Gestalt neben dem Eigentum in Kraft; damit erhalte der Eigentümer nicht mehr materielle Befugnisse, als ihm das Eigentum überhaupt gebe; aber er erhalte die Möglichkeit, dieselbe Handlung nach seiner Wahl aus dem Eigentumsrecht oder aus einem daneben bestehenden beschränkten dinglichen Recht vorzunehmen (S. 54). Die beschränkten dinglichen Rechte an eigener Sache sind daher nach Hartmann's Ansicht der Normalfall, während sie nach der communis opinio nur ausnahmsweise zulässig sind.

Diese Auffassung des Eigentumsbegriffs müssen wir für das römische Recht verwerfen. Sie steht im Widerspruch mit den römischen Quellen, namentlich mit dem so oft wiederholten Satz: nulli res sua servit.[1]) Über diese Schwierigkeit hilft sich Hartmann mit einem kühnen Sprunge hinweg: der Satz sei nur „eine regula iuris, nicht ein wirklicher absoluter Rechtssatz“ (S. 31).

Übrigens behauptet Hartmann nirgends, dass die beschränkten dinglichen Rechte von vornherein neben dem

[1]) 1 26 D de serv. 8—2; 1 5 pr. D si usufr. 7—6.

Eigentum bestehen oder dass der Eigentümer sie sich willkürlich selbst begründen könne. Hiermit wäre er in einen zu offenbaren Widerspruch mit den Quellen getreten.[1]) Er stellt nur fest, dass die einmal begründeten beschränkten dinglichen Rechte beim Zusammentreffen mit dem Eigentum nicht erlöschen. Leider hat er den Vorbehalt dinglicher Rechte nicht behandelt. Hätte er sich hierauf eingelassen, so wäre er zu folgendem Schluss gelangt: Wer das Eigentum an einer Sache veräussere, der veräussere in der Regel die ihm neben dem Eigentum zustehenden beschränkten dinglichen Rechte mit. Wolle er jedoch letztere nicht weggeben, so müsse er sie sich ausdrücklich vorbehalten. Der Erwerber erhalte dann das volle Eigentum, der Veräusserer behalte sein dingliches Recht.[2])

Wir sehen also, dass auch Hartmann einen buchstäblichen Vorbehalt dinglicher Rechte annehmen müsste.

Doch haben wir seine Ausführungen schon durch den Hinweis auf **Pandekten**stellen widerlegt. Wenn aber in den Pandekten Pfandrecht und Servitut an eigener Sache eine Ausnahme bilden, so muss das in früherer Zeit um so mehr gegolten haben. Denn die Pandekten lassen deutlich erkennen, dass diese Rechte an eigener Sache in den wenigen Fällen, wo sie galten, nur aus Zweckmässigkeitsgründen entgegen den allgemeinen Begriffen eingeführt wurden, und Zweckmässigkeitsgründe hat das ältere Recht noch weniger beachtet als das spätere Recht.

§ 13.

Ausdehnung unseres Resultats auf das Pfandrecht.

Die bisher für den Niessbrauch gewonnenen Resultate wenden wir auf das Pfandrecht an und fassen sie kurz zusammen:

[1]) Vgl. vorläufig nur 1 5 pr. D si usufr. 7—6; 1 8, § 6 D si serv. 8—5.

[2]) Bei Kollisionen mit dem Eigentum müsste dann das dingliche Recht dem Eigentum vorgehen.

I. In ältester Zeit sah man wahrscheinlich in dem Pfandrecht eine aus dem Eigentum entspringende Befugnis und nahm den Vorbehalt des Pfandrechts buchstäblich.

II. Später erkannte man den Unterschied des Eigentums vom Pfandrecht.

1. Denkbar ist nun folgendes: Man liess dennoch beim Vorbehalt des Pfandrechts gelegentlich der mancipatio oder in iure cessio die alten Formeln bestehen. Dann entstand das Pfandrecht in einer der civilen deductio ähnlichen Form.[1])

2 Wahrscheinlicher ist es aber, das man den Widerspruch, als man ihn erkannte, sofort beseitigte; d. h. aus dem **einen** Akt (der Übereignung der Sache minus des Pfandrechts) machte man zwei Akte: die Übereignung der Sache und die Bestellung des Pfandrechts. Zu diesem Resultat gelangen wir auf Grund folgender Erwägungen:

a) Die Zusammenziehung beider Akte bot wegen der formlosen Bestellung des Pfandrechts keine wesentliche Erleichterung.

b) In den Quellen ist niemals von einer deductio des Pfandrechts die Rede.

c) Das Pfandrecht erlangte seine dingliche Natur erst in später Zeit, als man den Widersinn eines buchstäblichen Vorbehalts erkannt hatte.

d) Wenn man, wie oben[2]) erwähnt, bei den Servituten sich scheute, die deductio auf die Tradition zu übertragen, so wird man sie um so weniger auf das Pfandrecht übertragen haben.

Es folgt hieraus, dass es eine wahre deductio des Pfandrechts nicht gab. Der Erwerber der Sache bestellte das Pfandrecht, nachdem er das Eigentum erlangt hatte.

In den meisten Fällen war der Vorbehalt des Pfandrechts bei der mancipatio überhaupt unzulässig: nämlich dann, wenn

[1]) Die Erklärung der deductio durch lex dicta oder gar durch Zugeständnis der Richtigkeit eines buchstäblichen Vorbehalts müssen wir auch hier ablehnen.

[2]) s. o. S. 22.

das Pfandrecht **wegen des nicht bezahlten Kaufpreises für die Sache** vorbehalten werden sollte. Dies hätte dem Wesen der mancipatio als Baarkauf widersprochen:[1]) der Käufer konnte nicht zugleich den Kaufpreis hingeben[2]) und dem Verkäufer das Pfandrecht zugestehen, weil er den Kaufpreis nicht bezahlt habe.[3])

§ 14.

Ablehnung anderer Konstruktionen.

Mehrere derjenigen Schriftsteller, die bei den Servituten einen buchstäblichen Vorbehalt gelten lassen, gehen beim Pfandrecht von dieser Anschauung ab.

I. Die Mehrzahl der Schriftsteller begründet dies damit, dass das Pfandrecht (im Gegensatz zu den Servituten) keine materiellen Eigentümerbefugnisse enthalte. Von ihnen weichen wir insofern ab, als wir auch in den Servituten keine materiellen Eigentümerbefugnisse sehen.

Zu diesen gehören:

1. Büchel.
2. Sintenis.
3. Vangerow.
4. Bachofen, Pfandr., S. 611.
5. Thibaut, S. 319, 320.
6. Dirksen.

II. Arndts und Keller führen besondere Gründe für die Unzulässigkeit eines buchstäblichen Pfandrechtsvorbehalts an.

1. Arndts (S. 722) geht von der Gleichstellung des Eigentums mit den beschränkten dinglichen Rechten aus: Darum müsste konsequent sowohl bei den Servituten als auch beim Pfandrecht ein buchstäblicher Vorbehalt möglich

[1]) s. o. S. 26.

[2]) Vor den XII Tafeln war es der wirkliche Kaufpreis, später nur ein Scheinpreis. Sohm, § 11, S. 48.

[3]) Bechmann, I. S. 243; Ihering, Geist II, S. 530 bis 532, § 46.

sein; bei den Servituten sei dies auch der Fall; für das Pfandrecht müsse man aber eine Ausnahme machen; denn

a) das Pfandrecht sei ein prätorisches Institut; es entstehe darum nicht auf civile Weise, wie etwa durch mancipatio oder in iure cessio; deshalb könne es auch nicht in der civilen Form bei Gelegenheit der mancipatio oder in iure cessio zurückbehalten werden;

b) die Formel der Pfandklage setze voraus, dass die Sache zur Zeit des Pfandvertrages in bonis des Verpfänders war; wenn das Pfandrecht aber vorbehalten werde, so geschehe das in einer Zeit, wo die zu übereignende Sache noch nicht in bonis des Erwerbers sei.

Die erste Behauptung (ad a) ist richtig. Sie bestätigt unsere Ausführungen[1]); die civile deductio des Pfandrechts ist unmöglich, eine prätorische deductio ist uns nicht überliefert. Es wundert uns nur, dass dies auch für Arndts als Beweis dienen soll. Er nimmt doch den Vorbehalt buchstäblich, d. h. der Veräusserer behält sich etwas zurück, was er auch vorher schon besass. Nach allgemeinen Grundsätzen kann man aber stets das, was man besitzt, zurückbehalten Will Arndts beim Pfandrecht von seinem Princip des Vorbehalts abweichen, so muss er Gründe angeben, warum hier jeder „Vorbehalt" (nicht bloss der civile) unzulässig sein sollte. Dass für das prätorische Pfandrecht der civile Vorbehalt nicht zugänglich ist, das ist selbstverständlich.

Der Punkt ad b muss auf die direkte Pfandklage eingeschränkt werden. Denn es gab auch actiones utiles, die das in bonis des Verpfänders zur Zeit des Pfandvertrags nicht voraussetzten.[2]) Ohne diese wäre die Verpfändung erst künftig zu erwerbender Sachen unmöglich gewesen.

Der Punkt ad b liefert demnach keinen Beweis für Arndts Behauptung.

2. Auf ähnliche Weise wie Arndts kommt auch Keller[3])

[1]) s. o. S. 22.

[2]) Vgl. l 1 pr. D de pign. 20 1; Dernburg, Pfandr., I, S. 238.

[3]) I, § 189, S. 423—425 und § 207, S. 453.

zu dem richtigen Resultat beim Pfandrecht. Auch er nimmt einen buchstäblichen Vorbehalt dinglicher Rechte an. Beim Pfandrecht macht er eine Ausnahme. Diese will er auf folgende Weise begründen: „Die deductio geschieht bei den Servituten durch mancipatio oder in iure cessio, welcher Rechtshandlungen das Pfandrecht als ein bloss prätorisches Recht nicht fähig ist."

Unseres Erachtens geschieht die deductio nach Gaius Inst. II, 33 und Paulus Vat. fr. § 47)[1]) nicht durch mancipatio oder in iure cessio, sondern nur gelegentlich der mancipatio oder in iure cessio. — Keller sagt mit den von uns citierten Worten überhaupt nichts weiter, als dass das Pfandrecht als prätorisches Institut nicht durch die civile deductio entstehen kann. Darauf haben wir also dasselbe zu antworten, was wir Arndts soeben entgegnet haben.[2])

Bei der Tradition kann nach Kellers Meinung ein Pfandrecht vorbehalten werden; warum soll denn dies bei der mancipatio und in iure cessio unmöglich sein, da man doch, was man schon hat, behalten kann, wenn dies etwa nicht besonders verboten sein sollte! Auch Keller weist keine Stelle nach, worin man das Verbot des buchstäblichen Vorbehalts des Pfandrechts bei der mancipatio oder in iure cessio finden könnte.

Wir sind also der Meinung, dass Arndts und Keller, wenn sie überhaupt einen buchstäblichen Vorbehalt dinglicher Rechte annehmen wollten, diesen beim Pfandrecht nicht ablehnen durften.

III. Andere Schriftsteller nehmen auch beim Pfandrecht einen buchstäblichen Vorbehalt an, weil sie überhaupt einen Vorbehalt dinglicher Rechte zulassen. Für das Pfandrecht haben sie naturgemäss keine besonderen Gründe.[3])

[1]) s. o. S. 22.

[2]) s. o. S. 33.

[3]) Hierhin gehören die auf S. 28 angegebenen Schriftsteller, soweit sie nicht nach S. 32 ausgeschlossen sind.

2. Das justinianische Recht.

a) Der Vorbehalt der Neubestellung.

§ 15.

Quellennachweise.[1])

Dass das Pfandrecht vom Eigentumsrecht qualitativ verschieden ist, lässt sich aus mehreren Pandektenstellen nachweisen:

I. Die lex 44, § 5 D de us. 41—3:

> Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro herede, quominus pignoris persecutio salva sit; ut enim usufructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii (dominio) coniungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur

besagt, dass ein Pfandrecht im Eigentum nicht enthalten ist. Darum ersitzt, wer das Eigentum an einer Sache usucapiert, damit noch nicht das auf der Sache lastende Pfandrecht.

II. Einen weiteren Beweis für die Verschiedenheit von Eigentum und Pfandrecht bietet uns der Umstand, dass dem Verpfänder die Veräusserungsbefugnis nicht entzogen ist.[2]) Denn wäre das Veräusserungsrecht eine aus dem Eigentum abgelöste und auf den Verpfänder übertragene Befugnis des Eigentümers, so hätte er es mit der Verpfändung aufgegeben. Aus dieser Schwierigkeit kann man sich nicht wie Puchta (Vorlesungen I) herausziehen, indem man nur eine unvollständige Abtrennung der Veräusserungsbefugnis annimmt: in der Weise, dass der Eigentümer sein Recht unbeschadet des Rechts des Pfandgläubigers behält. Eine Abtrennung ist niemals unvollständig; was übertragen wird, kann nicht zu demselben Teil zurückbleiben. In diesem Sinne sagt Bremer (S. 20): „Eine deminutio iuris salvo iure deminuto

---

[1]) Hierüber vgl. Dernburg, Pfandr., I, S. 125—127; Puchta, Rhein. Mus., S. 286—315; Wirth, Beitr., § 19, S. 28—35; Elvers, § 4, S. 29—41; Freisen, S. 11—22; Bremer, S. 15—21; Wirth, Libert., S. 39—54, § 7.

[2]) s. o. S. 12.

geht über das Begreifliche hinaus.“ — Eines ähnlichen Widerspruchs wie Puchta macht sich Arndts (§ 175, S. 327) schuldig, wenn er in den dinglichen Rechten Befugnisse sieht, die aus dem Eigentum abgelöst sind, und im Anschluss daran behauptet: „Daraus folgt jedoch nicht notwendig, dass nun der Eigentümer selbst diejenige Befugnis, die den Inhalt der Servitut bildet, nicht mehr habe.“

III. Den scharfen Gegensatz des Pfandrechts und der entsprechenden Eigentumsbefugnis könnte die Privatwillkür leicht verwischen z. B. in der Weise, dass der Eigentümer sich ein Pfandrecht an seiner Sache begründet oder begründen lässt oder indem er sich eine fremde Sache verpfänden und dann übereignen lässt. Auf diese Weise würde er alle Befugnisse des Eigentümers und des Pfandgläubigers zugleich haben.[1]) Dem tritt aber das Gesetz entgegen: Das Pfandrecht kann an der eigenen Sache nicht begründet werden, und es erlischt, sobald es mit dem Eigentum zusammentrifft.[2]) Als Belege gelten folgende Stellen:

1. l 45 D de div reg. 50—17:

Neque pignus neque depositum neque emtio neque locatio rei suae consistere potest. Ein Pfandrecht an der eigenen Sache giebt es nicht.

2. l 29 D de pign. act 13—7:

Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse et sola precarii rogatio supererit, idcirco usucapio tua interpellabitur.

Der Faustpfandgläubiger ist juristischer Besitzer. Mit der Hingabe der Sache zum Faustpfand hört darum der Besitz des Verpfänders auf. Dennoch läuft seine Ersitzungsfrist weiter. (l 33 § 4 D de usurp 41—3); dies gilt jedoch nur, solange das Pfandverhältnis besteht. Deshalb wird, wenn das Pfandrecht erlischt, die Ersitzung unterbrochen, falls

[1]) So konstruiert Hartmann die dinglichen Rechte, s. o. S. 29—30.

[2]) Löhr, IV, S. 73; Endemann, II, S. 35; Bradt, S. 65, § 14.

nicht der Verpfänder zugleich mit dem Erlöschen den juristischen Besitz zurückerhält. Das Pfandrecht erlischt aber, wenn der Pfandgläubiger Eigentümer der Pfandsache wird.[1])

3. l 33 § 5 D de usurp 41—3:

Si rem tuam cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignoranti tuam esse, desino usucapere, quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere: at si nuda conventione pignus contractum fuerit, nihilominus usucapiam, quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur.

Der Fall liegt hier genau so wie in der eben behandelten l 45 D 50—17, nur ist der Pfandgläubiger hier schon Eigentümer in dem Augenblick, wo ihm die Sache verpfändet werden soll. Es wird hier deutlich gesagt: Der Eigentümer kann an seiner Sache kein Pfandrecht erwerben.

4. Nicht als sicheres Argument können wir die l 30 D de exc. rei ind. 44—2 citieren:

In proposita quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius exstinctum sit dominio acquisito; neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore, actio tamen pignoraticia competit; verum est enim et pignori datum et satis factum non esse.

Denn diese Stelle wird in der Litteratur verschieden ausgelegt. Es handelt sich hier um die Frage, ob das Pfandrecht des Maevius dadurch, dass dieser das Eigentum erwarb, erloschen ist, und ob dann Maevius gegen einen Nachhypothekar, der gegen ihn in einer actio hypothecaria den Sieg davongetragen hatte, seinerseits mit der Begründung, dass ihm ein besseres Pfandrecht zustehe, die actio hypothecaria anstrengen kann, um den Besitz wieder zu erlangen.

Die actio hypothecaria steht ihm zu. Das ergiebt sich zweifellos aus der Antwort des Paulus, von dem die Stelle stammt. Bestritten ist aber die Frage, warum diese Klage begründet ist.

[1]) Ob der Pfandgläubiger die Sache dem Verpfänder als precarium überliess oder nicht, ist auf die Entscheidung unserer Frage ohne Einfluss.

1. Dernburg[1]) leitet dies aus der Formel[2]) der actio hypothecaria her. Diese hatte nur folgende Voraussetzungen:

a) dass die Verpfändung geschehen ist,

b) dass die Pfandsache zur Zeit der Verpfändung in bonis des Verpfänders war,

c) dass eine Befriedigung des Gläubigers nicht erfolgt ist.

Es ist also nicht erforderlich, dass ein Pfandrecht im Augenblick der Urteilsfällung noch besteht. Nach Dernburg besteht auch in unserem Fall kein Pfandrecht; dies drückt Paulus mit den Worten: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore aus; es ist durch Konfusion erloschen.

Die noch bestehende Pfandklage aber dient dem Maevius zum Schutz seines Eigentums; denn es wäre unbillig, dass ihm, bloss weil er das Eigentum an der Pfandsache erlangte, die Sache ohne Rücksicht auf seine Forderung von den Nachhypothekaren entzogen werden sollte.

Dieselbe Erklärung wie Dernburg geben die Basiliken.[3])

Bei Annahme dieser Erklärung würde die l 30 cit auch ein Beleg für die Unmöglichkeit des Pfandrechts an eigener Sache sein.

2. Dagegen Windscheid-Kipp[4]) hält es für unrömisch, anzunehmen, dass die Pfandklage trotz des Unterganges des Pfandrechts fortbestehe; es bestehe vielmehr in unserem Falle auch das Pfandrecht weiter; die Worte neque enim potest pignus perseverare domino constituo creditore würden demnach von Paulus verworfen durch den sogleich folgenden Satz: actio tamen pignoraticia competit.[5])

[1]) Pfandr., II. S. 572, 573, § 171.

[2]) Die Formel s. Bachofen, Pfandr., S. 48, 49; Vangerow, I, § 389, S. 1013.

[3]) Tom, LI 2. 27. So auch Löhr, IV, S. 73; Sintenis, Streitfr., S. 78–92.

[4]) I, S. 1122, § 248, Anm. 26.

[5]) Wie Windscheid-Kipp so auch Ihering, Jahrb., X, S. 452—569. Bachofen (Pfandr., S. 86, 87) übersetzt pignus irrtümlich mit Pfandbesitz.

Dernburg[1]) leugnet die Existenz eines Pfandrechts an eigener Sache, Windscheid-Kipp[2]) erkennt sie an.

Soviel aber steht fest, dass ein Pfandrecht von vornherein an der eigenen Sache nicht begründet werden kann, auch nicht an der eigenen Sache, die man zu veräussern beabsichtigt.[3])

Ein Blick auf die Servituten wird uns den Unterschied des Eigentums von den anderen dinglichen Rechten noch deutlicher zeigen:

1. Das allgemeine Princip des Unterschieds finden wir ausgesprochen in l 6 D de reb eor 27—9:

Sed si forte alius proprietatem fundi habeat, alius usumfructum, magis est, ut cesset haec pars orationis, quae de divisione loquitur nulla enim communio est. l 4 pr D si serv vind 8—5: loci corpus non est domini ipsius, cui servitus debetur, sed ius eundi habet und l 63 D de usufr 7—1[4])

Eine Bestätigung dieses Princips finden wir in der verschiedenen Bezeichnung von Eigentum und Servituten: Das Eigentum gehört zu den res corporales, die Servitut zu den

---

[1]) Pfandr., II, S. 567—574.

[2]) I, § 248, Anm. 26 u. 28.

[3]) Als weiteren Punkt für die Unteilbarkeit des Eigentums könnte man die Unteilbarkeit der Rechte überhaupt anführen. Doch ist die Frage bestritten. Über die Frage, ob beim Miteigentum das Eigentumsrecht geteilt ist oder ob die Anteile nur angeben, wie die Miteigentümer sich in die Vorteile und Lasten der Sache teilen sollen, vgl. die verschiedenen Ansichten von: Windscheid-Kipp. § 169a, S. 773 u. 142, S. 618, 619; Brinz, I, § 131, S. 478; Freisen, S. 9 einerseits und Dernburg, Pand., I 2, S. 66 andererseits.

[4]) Wirth, S. 31 (Beitr.): Die lex besagt, dass der Eigentümer einem anderen den ususfructus begründen könne, obwohl ihm der ususfructus selbst nicht zusteht. Eine andere Erklärung giebt Glück, IX, S. 194.

res incorporales[1]), obgleich sowohl das Eigentum als auch die Servitut Rechte an körperlichen Sachen sind. Dieser Unterschied bedeutet: Das Eigentum gewährt alle Rechte an der Sache; „der Umfang des Rechtes bestimmt sich daher durch den körperlichen Umfang des Gegenstandes".[2]) Die anderen dinglichen Rechte aber sind von vornherein beschränkt.

Aus dem Prinzip folgt:

a) Weil die Servitut kein Teil des Eigentums ist, wird die Substanz des Eigentums durch das Bestehen der Servitut nicht zerstört.[3])

b) Der Eigentümer kann nicht wegen Verletzung seiner Servitut klagen, weil er diese nicht besitzt, sondern nur wegen Verletzung seines Eigentums (rem meam esse).[4])

c) Wenn man 2 Grundstücke zu Eigentum hat, von denen das eine den Zwecken des anderen zu dienen pflegt, und von diesen das eine veräussert mit der Vereinbarung: „Die bestehenden Gerechtsame sollen weiter bestehen", so hat der Veräusserer keine Gerechtsame an dem veräusserten Grundstück, weil zur Zeit der Vereinbarung noch keine Gerechtsame bestanden.[5]) Das heisst deutlich: Der Veräusserer kann sich keine Servitut an der zu veräussernden Sache vorbehalten.

Umgekehrt kann, wer Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück hat, nicht auf die Übertragung einer dem Eigentümer zustehenden Servitut an demselben Grundstück verzichten, weil die Servitut kein Bestand-

[1]) l 1, § 1 D de div. rer., 1—8; §§ 2, 3 I de reb. inc., 2—2; l 14, pr. D de serv., 8—1; l 13, § 1 D de damn. inf., 39—2; l 2, § 3 D de prec., 43—26; Gai, Inst. II, §§ 14, 17, 28; Vat. fr. de usufructu, § 92.

[2]) Hölder, I, S. 134, 135; Matthiass, II, S. 44, § 13: Das Eigentum findet seine Grenze an den Grenzen der Sache.«

[3]) l 25 pr. D de verb. sign. 50—16; s. o. S. 50, 51, 53.

[4]) l 5 pr. D si usufr. p. 7—6; l 8, § 6 D si serv. 8—5; s. o. S. 14.

[5]) l 10 D comm. praed. 8—4.

teil des Eigentums ist, auf das er Anspruch hat.[1]) Dieser Satz drückt, vom Standpunkt des Veräusserers betrachtet, ebenfalls die Unmöglichkeit des Vorbehalts aus.

d) Stirbt jemand, der verpflichtet ist, ein Grundstück nach einer Frist einem Dritten deducto usufructu herauszugeben, innerhalb dieser Frist, so muss dessen Erbe:

α) wenn die Verpflichtung zur Herausgabe dem Verstorbenen durch Verfügung von Todes wegen auferlegt war, das Grundstück unbedingt ohne Abzug des Nutzungsrechts dem Dritten herausgeben[2]);

β) wenn die Verpflichtung unter Lebenden geschah, muss dessen Erbe das Grundstück ohne Abzug des Nutzungsrechts nur dann herausgeben, wenn der ususfructus nach dem Willen der Parteien nur in der Person des Verpflichteten selbst entstehen sollte.[3])

Die Entscheidung beider Fälle beruht darauf, dass der ususfructus durch die deductio erst entstehen sollte. Die deductio durfte in beiden Fällen nur der Verpflichtete persönlich vornehmen, nicht nach dessen Tod der Erbe.

e) Wer als Servitutberechtigter die actio confessoria erhoben hat, kann, wenn er später Eigentümer der Sache wird, an der er die Servitut hatte, die rei vindicatio oder die actio negatoria anstrengen, ohne dass ihm die exceptio rei iudicatae entgegensteht.[4])

f) Erlischt die Servitut in der Person des Berechtigten, so konsolidiert sie ohne weiteres mit dem Eigentum. Wäre sie nur ein Bestandteil des Eigentums, der veräussert und wieder erworben werden kann, so müsste der Wiedererwerb in derselben Weise geschehen, wie die Veräusserung: Der Eigentümer müsste die Servitut neu erwerben.[5])

---

[1]) 1 13, § 2 D de accept. 46—4.

[2]) 1 26 D de usu et usufr., 33—2; 1 36, § 1 D de usufr., 7—1.

[3]) 1 36, § 1 D de usufr., 7—1.

[4]) 1 17 D de exc., 44—1; 1 21, § 3 D de exc. rei i 44—2. Eine andere Erklärung der 1 21, § 3 D 44—2 giebt Bekker, S. 234, 235.

[5]) Dernburg, Pand., I 2, S. 176.

2. Auch hier haben wir wie beim Pfandrecht[1]) nachzuweisen, dass die Servitut nicht aus dem Eigentum abgelöst ist, weil der Eigentümer das Recht in derselben Weise behalten hat:

a) Die Bestellung einer Wegegerechtigkeit enthält keine Ablösung des Rechts, den Weg zu betreten, aus dem Eigentum. Denn der Besteller behält selbst auch das Recht, den Weg zu betreten, ja sogar, anderen eine gleiche Wegegerechtigkeit zu bestellen.[2])

b) Wer einen Niessbrauch bestellt hat, kann von Dritten immer noch das volle Eigentum vindicieren. Daraus folgt, dass ihm kein Stück vom Eigentum fehlt.[3])

c) Bei den servitutes in non faciendo hat der Eigentümer das Recht, das er dem Berechtigten übertragen hat, vorher überhaupt nicht in entsprechender Weise besessen; die servitus altius non tollendi z. B. ist das Recht, den Eigentümer am Höherbauen zu verhindern; der Eigentümer aber, der dies Recht bestellt hat, hatte vorher nicht das Recht, sich am Höherbauen zu verhindern. Er begiebt sich in diesem Fall allerdings einer aus dem Eigentum entspringenden Befugnis, nämlich des Rechts, höher zu bauen. Aber von einer Übertragung dieses Rechts kann nicht die Rede sein: der Berechtigte erhält damit nicht die Befugnis, auf dem fremden Grundstück höher zu bauen. — Der Satz: ius suum deminuit, alterius auxit (l 5, § 9 D de op. n. n., 39—1) ist daher eng auszulegen: Der Eigentümer hat ein Recht aufgegeben, der

[1]) s. o. S. 35, 36.

[2]) l 2 D de serv. praed., 8—3; l 4 D de aq. qu. et aest., 43—20; l 19, § 2 D comm. div., 10—3.

[3]) Dies beweist l 11, § 2 D de pign. et hyp. 20—1: Klagte der Eigentümer gegen den Usufructuar mit der actio negatoria, so hatte der letztere die Einrede, dass ihm der ususfructus zustehe. Hätte der Eigentümer, der den ususfructus bestellt hat, überhaupt kein Klagerecht aus dem Eigentum, so wäre seine Klage abgewiesen worden, auch ohne dass ihm eine Einrede entgegengesetzt zu werden brauchte.

andere hat ein Recht erworben, dass dies dasselbe ist wie das vom Eigentümer aufgegebene, das soll mit diesen Worten nicht gesagt sein.

3. Auch Servitut und Eigentum schliessen sich gegenseitig aus.[1])

a) Die Servituten werden als Rechte an fremder Sache definiert: z. B. der Niessbrauch in § 1 I de usufr., 2—4.

b) Beim Zusammentreffen mit dem Eigentum erlischt die Servitut.[2])

Die Unterscheidung zwischen ususfructus causalis des Eigentümers und ususfructus formalis des dinglich Berechtigten will daher nicht mehr sagen, als dass der Eigentümer auch in gewissem Sinne Nutzungen zieht.[3])

Aus alledem folgt auch für den Vorbehalt der Servitut, dass er als Neubestellung aufzufassen ist. Dies bestätigen uns mehrere Ausdrücke, die statt der sonst gebrauchten Worte deducere, detrahere etc. mehrfach vorkommen[4]), so z. B.:
imponere servitutem
l 3 D comm. praed. 8—4,
l 7 D „ „ 8—4,
l 33 D de serv. praed. 8—3;
iniungere
l 5 D comm. praed. 8—4;
servum facere fundum
l 34 D de serv. praed. rust. 8—3,
l 6 D comm. praed. 8—4.
Alle diese Worte deuten auf eine Neubestellung hin.
Das Resultat unserer bisherigen Forschung ist für das

---

[1]) l 5 pr. D si usufr., 7—6; l 26 D si serv., 8—2.

[2]) l 78 pr. D de iure dot., 23—3; l 1 D quemadm. serv., 8—6; l 3, § 2 D de usufr. accr., 7—2, § 3, I de serv., 2—3; l 30 pr. D de serv., 8—2; l 18 D de servit, 8—1; l 9 D comm. praed., 8—4; l 116, § 4 D de leg. et fid., 30—1; l 31, § 3 D de aed., 21—1.

[3]) Elvers, S. 45.

[4]) Dernburg, Pfandr., I, S. 276.

justinianische Recht: Der „Vorbehalt“ des Pfandrechts ist eine Neubestellung.[1])

Die Worte „Vorbehalt, deducere, detrahere, excipere etc.“ sind daher juristisch nicht zu rechtfertigen. Erklären lassen sie sich damit, dass beide Akte, die Übereignung der Sache und die Begründung des Rechts, so schnell aufeinander folgen, dass ein Laie sie nicht zu unterscheiden vermag und darum annimmt, es habe der Veräusserer bei der Übergabe der Sache das ihm schon vorher gehörige Recht zurückbehalten.[2])[3])

§ 16.

Ablehnung abweichender Konstruktionen.

Unsere Auffassung des Vorbehalts wird von denjenigen Schriftstellern bestritten, die in den beschränkten dinglichen Rechten abgelöste Eigentümerbefugnisse sehen. Diese haben wir schon oben[4]) genannt, da ihre Ausführungen wie für die vorjustinianische Zeit so auch auf das justinianische Recht Geltung haben sollen.

An dieser Stelle haben wir nur noch auf Thibaut's[5]) Auslegung der l 19 D de serv. 8—1 und l 6 D comm. praed. 8—4 aufmerksam zu machen. In diesen Stellen wird vom Erfordernis der Utilität und Vicinität beim Vorbehalt von Prädialservituten abgesehen. Dies erklärt Thibaut mit der

---

[1]) So Dernburg, Windscheid, Kohler, Brinz etc.

[2]) Kohler, Pfandr., S. 261. Eine Analogie bietet folgender Fall: Ein Sklave wird im Testament zum Alleinerben eingesetzt; zugleich wird er freigelassen. — Er wird erst frei, nachdem er geerbt hat. l 23, § 1 u. l 25 D de man. test., 40—4, Ulpian, I, 22. Obgleich er aber noch als Sklave erbt, erwirbt er dennoch die Erbschaft für sich. Fitting, S. 112—115. Hier hat demnach das unmittelbare Aufeinanderfolgen der 2 Akte praktische Bedeutung. l 58 D de acqu. velom. h., 29—2; l 6, § 4 D de her. inst., 28—5.

[3]) Vgl. Bradt, S. 26.

[4]) s. o. S. 28.

[5]) Thibaut, S. 37—47.

Annahme, dass der Eigentümer die Servitut als Teil seines Eigentums schon vorher besessen habe, dass er sie also in Wirklichkeit zurückbehalte; behalten dürfe man aber auch dasjenige, was einem nicht nützlich sei; „so wenig es also eine Klage darauf gebe, dass der, welcher von einem aus 6 Bänden bestehenden Buche ausdrücklich nur 5 Bände verkaufte, dennoch auch den sechsten herausgeben müsse, weil er ihm augenscheinlich nichts nutze, so wenig gebe es denn auch ein Rechtsmittel gegen das Retinieren nutzloser, der Ausübung fähiger Servituten".[1])

Gesterding[2]) hält einen buchstäblichen Vorbehalt für inkorrekt. Er nimmt jedoch an, dass Labeo, der Verfasser der l 19 cit., die Unmöglichkeit des buchstäblichen Vorbehalts nicht erkannt habe, und giebt dieselbe Erklärung der l 19 wie Thibaut, nur mit dem Unterschied, dass er die Auffassung Labeo's und daher die ganze l 19 für verkehrt hält. Ganz in derselben Weise spricht sich Wirth[3]) über die Stelle aus.

Die richtige Erklärung haben wir oben gegeben.[4])

b) Die Neubestellung erfolgt durch den Erwerber.

§ 17.

Quellen-Nachweise.

Der Vorbehalt des Pfandrechts ist eine Neubestellung. Als Besteller könnte man den Veräusserer oder den Erwerber

---

[1]) Die Thibaut'sche Erklärung der l 6, D 8—4 ist schon darum unrichtig, weil hier dem Vorbehalt der Servitut der Fall gleichgestellt ist, wo der Veräusserer eines Grundstücks demjenigen Grundstück, das er zurückbehält, eine Servitut auferlegt. Vgl. Dirksen, I, S. 115; Hoffmann, I, S. 45; Reidemeister, S. 26. Ihering, Geist, III 1, § 53, S. 142 sieht auch in dieser Auferlegung der Servitut kein besonderes Rechtsgeschäft, sondern eine Modalität der Eigentumsübertragung.

[2]) Ausbeute, VI 1, S. 42.

[3]) Beitr., S. 69, 70.

[4]) s. o. S. 24, 27—28.

der Sache auffassen. Der Veräusserer kann es konsequenterweise nicht sein, denn:

1. Während er die Sache noch in Händen hat, kann er das Pfandrecht nicht begründen, weil begrifflich das Pfandrecht ein Recht an fremder Sache ist.[1])

2. Hat er die Sache übereignet, so kann er über sie nicht mehr bestimmen.

3. Zugleich mit der Übereignung kann die Verpfändung als ein besonderer Akt nicht vorgenommen werden.

Es bleibt also nur eine Bestellung durch den Erwerber übrig.[2]) Diese ist aber erst nach der Übereignung möglich, weil man nach römischem Recht über fremde Sachen nicht verfügen darf.

Dies finden wir in den Pandekten bestätigt, allerdings für das Pfandrecht selbst nur an 2 Stellen:

1. in der l 1, § 4 D de rebus eorum, qui sub tutela etc. 27—9 von Ulpian:

Si minor vigintiquinque annis emit praedia, ut, quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto, pignus valere; nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari, und

2. in der sich hieran unmittelbar anschliessenden l 2 D reb. 27—9 von Paulus (libro singulari ad Orationem Divi Severi):

Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est, et ab initio obligatio inhaesit. Quodsi a fisco emerit, nec dubitatio est, quin ius pignoris salvum sit. Si igitur talis species in privato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, ut ex rescripto pignus confirmetur.

In beiden Stellen ist der Fall behandelt, dass ein Minderjähriger ein Grundstück gekauft hat mit der Bestimmung, dass es bis zur Bezahlung des Kaufpreises dem Verkäufer

[1]) Hartmann's abweichende Ausführungen haben wir schon oben widerlegt; s. o. S. 29—30.

[2]) Vgl. Dernburg, Pfandr., I, S. 278—281; Freisen, S. 43 bis 53; Glück, XVI, S. 234; Dernburg, Pand., I 2, S. 262.

verpfändet sein solle. Ulpian erklärt diese Verpfändung für ungültig. Einen Grund giebt er nicht ausdrücklich an. Doch erhellt aus dem ganzen Zusammenhang (der Titelüberschrift: De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis und der auf l 1 folgenden Stelle von Paulus: libro singulari ad Orationem Divi Severi), dass der Grund in der Oratio Divi Severi zu suchen ist. Diese verbietet den Tutoren und Curatoren die Veräusserung von Grundstücken[1]) des Mündels ohne vorgängige Einholung eines obrigkeitlichen Dekrets bei Strafe der Nichtigkeit.[2]) Als Veräusserung ist aber auch die Verpfändung anzusehen.[3]) — Aus dem Gesagten ergiebt sich: Ein obrigkeitliches Dekret ist nur erforderlich, wenn:

a) eine wirkliche **Bestellung** des Pfandrechts geschehen soll und

b) wenn ausserdem diese Bestellung durch den Minderjährigen (oder Vormund) geschehen soll.

Dies beides ist in unserem Fall vorausgesetzt. Der Fall liefert uns darum den Beweis:

a) dass der Vorbehalt des Pfandrechts eine Neubestellung ist, und

b) was uns hier am meisten interessiert: dass die Bestellung vom Erwerber der Sache vorgenommen wird.

Betrachten wir nun das Fragment des Paulus, das mit unserer Stelle in Verbindung gebracht ist.

Zunächst wirft Paulus die Frage auf, ob man nicht folgendermassen argumentieren könne: Der Verkäufer habe nur das Eigentum abzüglich des Pfandrechts veräussert; das Pfandrecht sei gleich zurückgeblieben, nicht erst vom Erwerber bestellt, und darum sei das Dekret überflüssig. Dies erklärt Paulus für unrichtig: Ulpian's Entscheidung ist völlig korrekt. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der Verkäufer der Fiskus ist. Denn der Fiskus hatte ein gesetz-

---

1) Praedia rustica und suburbicana. Keller, II, S. 284.

2) Keller, II, S. 284—289; Arndts, S. 862, 863.

3) 17 Cod. 4—51; s. o. S. 11.

liches Pfandrecht an den von ihm verkauften Sachen bis zur Bezahlung des Kaufpreises. Wenn aber das Pfandrecht durch Gesetz entstand, dann war eine besondere Bestellung des Pfandrechts überflüssig: Die Bestellung enthielt dann also keine Veräusserung.

Auch hier weisen wir auf die Servituten[1]) hin, um auch bei diesen die Neubestellung durch den Erwerber der Sache festzustellen:

Der Veräusserer selbst kann an der Sache, die er veräussert, keine Servituten begründen: weder für sich[2]) noch für Dritte[3]) noch als Miteigentümer für den fundus communis (wenn er einen Teil desselben mit Zustimmung der Genossen veräussert).[4])

Die Bestellung kann nur durch den Erwerber der Sache nach Erlangung des Eigentums geschehen. Hat der Käufer sich im Kaufvertrag zur Bestellung verpflichtet, und verweigert er nach der Übergabe die Bestellung, so hat der Verkäufer die Klage aus dem Kauf: er verlangt damit, dass ihm der

---

[1]) Nach justinianischem Recht genügten zur Bestellung der Servituten pactiones und stipulationes. Mehrere Schriftsteller verlangen das Hinzutreten der Quasitradition. Das gemeine Recht fordert nur den Vertrag. Dernburg, Pand., I 2, S. 221; Windscheid-Kipp, I, § 212, Anm. 1.

[2]) Freisen, S. 34; 1 10 D comm. praed., 8—4: Könnte er sie selbst begründen, so wäre ein ausdrücklicher Vorbehalt überflüssig; er würde sie für sich im Stillen konstituieren, und dann würden sie, mit Ausnahme des Niessbrauchs, an der Sache haften, ohne dass der andere beim Erwerb der Sache etwas davon erfährt. 1 59 u. 66 D de contr., 18—1.

[3]) Z. B. wenn er 2 Grundstücke zugleich an verschiedene Personen veräussert, kann er dem einen zu Gunsten des anderen keine Servitut auferlegen. 1 6 pr., 1 8, 1 5 D 8—4. Die richtige Erklärung der 1 6 giebt Dernburg, Pfandr., I, S. 274; A. M. Gesterding, Ausb., VI, S. 41; Sintenis, Civilr. I, S. 593.

[4]) 1 5 D u. 1 6, § 1 D 8—4. Das Erhalten von bestehenden Servituten durch einen Miteigentümer gestattet 1 8, § 1 D 8—1 u. 1 30, § 1 D 8—2.

Erwerber das dingliche Recht bestelle. Läge ein buchstäblicher Vorbehalt vor, dann würde von einer persönlichen Verpflichtung zur Bestellung keine Rede sein. l 31 D 8—2.[1])

Die auf Seite S. 43 erwähnten Ausdrücke für Vorbehalt (imponere, servum facere fundum) sind daher auch nicht buchstäblich zu nehmen; der Veräusserer bestimmt den Erwerber nur, die Servitut zu bestellen; nicht etwa bestellt er sie selbst.[2])

Wir beobachten durch Vergleich mit der älteren Zeit, dass sich im justinianischen Recht in Ansehung des Vorbehalts eine Wandlung vollzogen hat; der im älteren Recht bestehende Widerspruch ist im justinianischen Recht gelöst: Der in sich widerspruchsvolle Vorbehalt des Veräusserers hat der Bestellung durch den Erwerber Platz gemacht. Die Erklärung dieser Wandlung finden wir in l 3 D 8—4: Diese Stelle stammt aus Gaius ad Edictum provinciale. Gaius hatte dabei das Provinzialrecht vor Augen. Wir ersehen aus der Stelle:

1. dass auch das Provinzialrecht den Vorbehalt von Servituten behandelte, und

2. dass das Provinzialrecht in das justinianische Civilrecht eingedrungen ist.

Unter diesen Umständen liegt die Vermutung nahe, dass die Wurzel der justinianischen deductio nicht die deductio bei der mancipatio und in iure cessio des alten Civilrechts, sondern die deductio des Provinzialrechts ist, und auf diese Weise erklärt sich die Wandlung.[3])

Nach unserer bisherigen Erörterung bietet der Vorbehalt

---

[1]) Freisen, S. 37, 38; Gesterding, Ausb., S. 45.

[2]) In ähnlicher Bedeutung wird das Wort imponere auch in anderen Beziehungen gebraucht, z. B. l 18 D, 8—1: Der Legatar muss sich, wenn durch aditio des Erben eine Servitut untergegangen ist, diese imponieren lassen. Dass der Legatar und nicht der Erbe die Servitut begründet, ist hier selbstverständlich. Freisen, S. 41, 42; Ebenso l 116, § 4 D de leg. I.

[3]) Ähnliche Belege liefert uns l 6 D 84 u. l 32, 33, 36 D 8—3.

des Pfandrechts nach justinianischem Recht keine Besonderheiten; das Pfandrecht wird nach den allgemeinen Regeln bestellt.

Der Vorgang ist daher so zu denken:

1. In der Regel wird dem dinglichen Geschäft ein obligatorischer Vertrag vorausgehen. In diesem verpflichtet sich der eine Teil, die Sache zu übereignen, der andere Teil, das Pfandrecht nach vollzogenem Eigentumserwerb zu bestellen. Im Verhältnis zu einander ist die Verpflichtung des Veräusserers das Hauptgeschäft, das dem Ganzen den Namen giebt, die des Erwerbers das Nebengeschäft.[1])

2. An den obligatorischen Vertrag schliesst sich das dingliche Geschäft: Der Veräusserer überträgt das Eigentum, der Erwerber bestellt darnach das Pfandrecht. Diese Bestellung wird bei der Hypothek in der Regel stillschweigend geschehen: durch die Annahme der unter dem Vorbehalt des Pfandrechts angebotenen Sache.

§ 18.

Ablehnung anderer Konstruktionen.

I. Als Gegner unserer Ansicht haben wir die schon erwähnten Schriftsteller Ihering und Reidemeister zu bezeichnen. Beide nehmen Bestellung des dinglichen Rechts durch den Veräusserer vermittelst lex dicta an. Dass es eine derartige lex dicta nicht giebt, haben wir schon oben[2]) für das vorjustinianische Recht nachgewiesen. Wir lassen unsere dort aufgestellten Behauptungen auch für die justinianische Zeit gelten, soweit sie nicht durch das Fortfallen der man-

---

[1]) Brinz, II, S. 710 u. IV, S. 187. Ob das Nebengeschäft wesentlich oder unwesentlich ist, hängt von den Umständen ab. Der Vorbehalt des Pfandrechts wird aber in der Regel als wesentlich, also als Bedingung für das Hauptgeschäft anzusehen sein. Den Vorbehalt einer Servitut hält Regelsberger, S. 602 für unwesentlich (wenn sich nicht aus den Vereinbarungen etwas anderes ergiebt).

[2]) s. o. S. 24—28.

cipatio und in iure cessio gegenstandslos geworden sind. Ihering bringt nichts Neues für die justinianische Zeit zur Verteidigung der lex dicta. Darum können wir ihn übergehen.

Reidemeister beruft sich für das Bestehen der lex dicta im justinianischen Recht auf die Gegenüberstellung der Worte: pacisci, legem dicere und stipulari in l 73 § 4 D de div. reg. 50—17. Doch ist aus diesen Worten nicht viel zu schliessen. Denn:

a) Es ist nicht klar, ob eine scharfe Gegenüberstellung wirklich beabsichtigt war.

b) In den Basiliken fehlen die Worte legem dicere. Wahrscheinlich liess man sie weg, weil man ihre Bedeutung nicht verstand.

Dann versucht Reidemeister, in einige Pandektenstellen die lex dicta hineinzuinterpretieren. So soll z. B. die l 48 D de pactis 2—14: In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est bedeuten: Wenn die der Tradition vorausgegangenen Vereinbarungen bei der Tradition wiederholt werden, so erhalten sie die Kraft der lex dicta.

Wir weisen nur zur Bekräftigung unserer Behauptung darauf hin, dass von einem **pactum** bei der Tradition die Rede ist.

Das Erfordernis des Dekrets beim Vorbehalt des Pfandrechts an dem einem Minderjährigen übereigneten Gut (l 1 § 4, l 2 D 27—9)[1]) erklärt er auf folgende Weise: Die Bestellung des Pfandrechts bei der Übereignung geschah in der Regel durch lex dicta; ausnahmsweise konnte sie durch pactum geschehen: wenn die Parteien dies beabsichtigten; geschah sie durch lex dicta, so war das Dekret nicht nöthig; geschah sie durch pactum, so musste es eingeholt werden; die lex dicta schuf das dingliche Recht sofort, das pactum brachte nur eine obligatorische Verpflichtung hervor.[2])

[1]) s. o. S. 46.

[2]) Dieselbe Erklärung wie Reidemeister giebt Pernice, III, S. 105, allerdings nur für die vorjustinianische Zeit und nur für den Fall, dass die Übereignung durch Mancipation geschah.

Wir sehen nicht ein, wie dieser Unterschied in unserer Stelle zum Ausdruck gebracht sein sollte. Uns scheint die Stelle von normalen Umständen, nicht von einem Ausnahmsfall zu handeln. Das Wort emit in l 1 § 4 D 27—9 deutet allerdings auf das obligatorische Kaufgeschäft hin. Man muss jedoch annehmen, dass der bei dieser Gelegenheit gemachte Vorbehalt bei der Übereignung wiederholt wurde. Denn dies ist der Regelfall. Dass eine Ausnahme vorliegt, davon sagt Ulpian nichts. Im übrigen verweisen wir auf die von uns gegebene Erklärung der Stelle.[1])

Der wundeste Punkt in Reidemeisters Darstellung ist das Geständnis, dass ihm die l 33 pr. D 8—3 unverständlich sei:

Quum essent mihi et tibi fundi duo communes, Titianus et Seianus, et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus, et in traditione dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret; recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit. — Dies ist kein Wunder; das Wort pacto lässt sich nicht mit Hilfe der lex dicta erklären.

Nach Betrachtung dieser Proben verlassen wir Reidemeisters Ausführungen.

Gegner unserer Auffassung sind ferner diejenigen Schriftsteller, die Pfandrecht und Eigentumsbefugnis identificieren und daher den buchstäblichen Vorbehalt proklamieren: Von diesen sind besonders hervorzuheben Lang, Keller und Bachofen.

1. Lang erklärt die Einwendungen des Paulus (in l 2 D 27—9) gegen Ulpians Entscheidung (in l 1 § 4 D 27—9) folgendermassen: Paulus wendet ein, dass der Minderjährige sich selbst garnicht verpflichte, da die Sache schon mit der Beschränkung auf ihn übergehe; dennoch lässt er Ulpians Entscheidung bestehen: „hiermit zeigt er, dass die Konsequenz gegen singuläre Vorschriften nicht aufkomme."

Lang scheint vorauszusetzen, dass eine Gesetzesvorschrift

[1]) s. o. S. 46, 47.

bestanden habe des Inhalts: „Zum Vorbehalt des Pfandrechts an einem Grundstück, das einem Minderjährigen übereignet wird, ist obrigkeitliche Genehmigung nötig.“

2. Keller hält bei der Tradition einen buchstäblichen Vorbehalt des Pfandrechts für möglich. Er fügt hinzu: „wenn nur nicht specielle Hindernisse, wie in l 1 § 4 D 27—9 und l 2 D 27—9 die minor aetas des Verpfänders, entgegentreten.“ Auf diese Weise erklärt er unsere Stelle. Wir antworten darauf: Wenn ein buchstäblicher Vorbehalt des Pfandrechts vorliegt, dann steht die Minderjährigkeit dem Vorbehalt nicht entgegen.

3. Bachofen[1]) nimmt auch einen buchstäblichen Vorbehalt des Pfandrechts an und kommt deshalb zu einer merkwürdigen Erklärung der l 1 § 4 und l 2 D 27—9: Das Grundstück gehe gleich mit seiner Belastung auf den Minderjährigen über, also sei das Dekret nicht nötig; der Vorsicht halber aber schlage Paulus dennoch die Einholung des Dekrets vor, weil unter den Juristen Streit über die Notwendigkeit des Dekrets herrschte.

Dies steht in offenbarem Widerspruch

a) zu den Worten Ulpians; Non puto pignus valere,

b) zu den Worten des Paulus; imperiali beneficio opus est,

c) zu Bachofens eigenen Ausführungen im Pfandrecht I S. 121: hier behauptet er vom Pfandrecht, im Gegensatz zu den Servituten, es sei nicht durch Zerlegung des Eigentums zustande gekommen. Wenn er dies aufrecht erhalten wollte, durfte er einen buchstäblichen Vorbehalt nicht annehmen. Dann musste er wie Büchel, Sintenis etc. zu dem Schluss kommen: das Dekret sei nötig, weil der Minderjährige das Pfandrecht erst bestellen solle.

II. Wir haben schliesslich die Ansichten derjenigen Schriftsteller anzuführen, die unsere Konstruktion des Vorbehalts billigen, aber aus anderen Gründen als den unserigen. Hierher gehören die Schriftsteller, welche dem Pfandrecht

---

[1]) Ausgew. Lehren, S. 143.

die obligatorische Natur beilegen, nämlich Büchel, Sintenis und in ähnlicher Weise Vangerow. Hiergegen haben wir uns schon oben gewendet.[1])

Ferner muss hier Arndts (S. 478, 1035) Erwähnung finden: Er nimmt ebenfalls den buchstäblichen Vorbehalt dinglicher Rechte an. Für die vorjustinianische Zeit macht er beim Pfandrecht eine Ausnahme. Diese stützt sich[2])

a) auf den Unterschied von prätorischem und civilem Recht,

b) auf die Eigentümlichkeit der formula bei der Pfandklage.

Beides gilt nicht mehr für die justinianische Zeit. Eigentlich müsste er daher für diese Zeit die Ausnahme aufheben und auch beim Pfandrecht den buchstäblichen Vorbehalt annehmen. Dennoch lässt er seine Ansicht bestehen, weil er ohne die Ausnahme die l 1 § 4 D 27—9 überhaupt nicht auslegen könnte.

III. Brinz[3]) vertritt unsere Auffassung[4]), wenn er auch in Pand. I S. 791 sagt, die Bestellung geschehe „anlässlich und bei der Tradition des Eigentümers als lex traditioni dicta überall durch den Tradenten.“ Wir haben schon oben[5]) gesehen, dass er die lex in Wirklichkeit für ein zweiseitiges Geschäft hält und den Tradenten hier nur als den ausdrücklich Handelnden erklären will.

[1]) s. o. S. 11—13.

[2]) Das wurde schon oben behandelt. S. o. S. 32, 33.

[3]) Brinz, I, S. 791, § 197; Freisen, S. 3 sieht in der Brinz'schen Definition des Eigentums irrtümlich einen grossen Unterschied von der üblichen (s. o. S. 15) und glaubt deshalb, dass Brinz einen buchstäblichen Vorbehalt dinglicher Rechte annehmen müsste.

[4]) Unsere Ansicht teilen ferner: Dernburg, Pfandr., I, § 32, S. 271—281; Windscheid-Kipp, I, §§ 212 u. 230; Scheuerl, Krit. V. J. Schr., II, S. 453; Schweppe, S. 285, § 361; Kohler, Pfandr., S. 261; Bradt, S. 26.

[5]) s. o. S. 26, 27.

§ 19.

Das gemeine Recht.

Das gemeine Pfandrecht ist das unveränderte justinianische.[1]) Der Vorbehalt des Pfandrechts ist daher genau so zu konstruieren wie nach dem justinianischen Recht. Eine Modifikation trat durch die Zulassung freier Stellvertretung ein. Der römische Grundsatz per liberam personam adquiri nobis non potest wurde nicht recipiert. Darnach kann auch dritten Personen ein Pfandrecht begründet werden, wenn diese nur nachträglich zustimmen.[1])

§ 20.

Das B. G. B.

Auch das B. G. B. macht einen qualitativen Unterschied zwischen Eigentum und Pfandrecht. Zum Beweise dafür berufen wir uns auf das oben[2]) für das justinianische Recht Gesagte; insbesondere haben wir hervorzuheben, dass auch nach B. G. B. dem Verpfänder das Veräusserungsrecht nicht entzogen ist, dass das Pfandrecht an der eigenen Sache nicht begründet werden kann, und dass es in der Regel beim Zusammentreffen mit dem Eigentum erlischt (§ 1256 B. G. B.)[3])

Wir kommen also zu folgenden Grundsätzen:

1. Der Vorbehalt ist eine Neubestellung,

2. Die Bestellung geschieht durch den Erwerber der Sache, weil zur Bestellung stets eine Einigung, d. h. ein zweiseitiges Geschäft erforderlich ist (§ 1205).[4])

3. Die Bestellung erfolgt, nachdem der Erwerber das Eigentum erlangt hat, weil er vorher über die Sache nicht verfügen darf.

---

[1]) Grünhut, V, S. 7.

[2]) s. o. S. 35—44.

[3]) Darum ist der Hartmann'sche Eigentumsbegriff (s. o. S. 29, 30) auch für das B. G. B. zu weit gefasst.

[4]) Meisner, III, S. 289; Windscheid-Kipp, I, S. 1034

VI. Abschnitt.

Folgen der Konstruktion des Vorbehalts als Neubestellung.

§ 21.

Verfügungsbeschränkungen.

Die wichtigste Folge ist es im römischen, gemeinen und Bürgerlichen Recht, dass der Beschränktgeschäftsfähige der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf, wenn ihm eine Sache unter Vorbehalt eines Pfandrechts übereignet wird. Fehlt diese Einwilligung, so ist die Übereignung gültig, das Pfandrecht ungültig.[1])

Wäre der Vorbehalt buchstäblich zu nehmen, so würde, wenn ihm die Sache geschenkt werden würde, diese Einwilligung nicht erforderlich sein. Denn es wäre für ihn jedenfalls nie ein Schaden, wenn die Sache, die bisher zu ihm in keiner Beziehung stand, plötzlich sein Eigentum, allerdings abzüglich des ihn über die Sache hinaus nicht belastenden Pfandrechts, würde (§ 107 B. G. B.)

Ist jedoch der Vorbehalt als Neubestellung zu konstruieren, so hat der Beschränktgeschäftsfähige durch die Übereignung an der Sache lastenfreies Eigentum erlangt. Dann erst soll er das Pfandrecht bestellen. Dazu bedarf er der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

Dies gilt auch bei anderen Veräusserungsbeschränkungen:

1. in dem von uns oben (S. 45—47) behandelten Falle des Veräusserungsverbots der Oratio Divi Severi;

2. im Fall des Vorbehalts bei der Tradition an Sklaven oder Hauskinder: Das Eigentum wurde in solchem Fall sofort dem Herrn derselben erworben. Das Pfandrecht konnten die Gewaltunterworfenen aber nicht bestellen, weil sie ihren Herrn nicht verpflichten konnten. Der nunmehrige Eigentümer der Sache musste das Pfandrecht selbst bestellen.

---

[1]) Dernburg, Pand., I 1, S. 119; B. G. B., §§ 107, 114.

§ 22.

Rangordnung der Pfandgläubiger.

I. Das römische und gemeine Recht gestattet die Verpfändung von Sachen, die nicht im Eigentum des Verpfänders stehen, in der Art, dass sie mit dem Erwerb der Sache ihre Wirkung erlangt (Anticipierte Pfandrechte). Das vorbehaltene Pfandrecht wird aber erst begründet, nachdem der Erwerber das Eigentum erlangt hat. Darum steht es den anticipierten Pfandrechten nach.[1])

Würde man den buchstäblichen Vorbehalt des Pfandrechts annehmen, so müsste man dem Pfandrecht des Veräusserers den Vorrang vor allen von dem Erwerber anticipando bestellten Pfandrechten einräumen, weil der Eigentümer die Sache erst übereignet, nachdem er das Pfandrecht abgetrennt hat, während die anticipando vom Erwerber bestellten Hypotheken erst mit dem Eigentumsübergang ihre Wirkung erhalten. Dies thut Arndts (S. 749), da er den buchstäblichen Vorbehalt verteidigt. Auch Glück suchte es in Bd. XVI, S. 229 zu verteidigen; er räumt aber in Bd. XIX, S. 311 ein, dass seine damals angeführten Gründe nicht haltbar seien. Auch die gemeinrechtliche Praxis hat dem reservierten Pfandrecht, weil es aus der Zeit des früheren Eigentümers stamme, vor den vom Erwerber im Voraus bestellten Hypotheken[2]) den Vorzug eingeräumt, obwohl sie die Bedenken der Theorie anerkannte.[3])

Das von uns gewonnene Resultat wäre aber ungerecht für den Fall, dass der Eigentümer bei Veräusserung seiner

---

[1]) Dernburg (Pfandr., I, S. 280) und Freisen (S. 76) sagen ungenau, dass diese Rechte mit einander »konkurrieren«. Vangerow (S. 997) behauptet sogar, dass sie einander gleichstehen, obwohl er doch, wie wir, von einer Neubestellung des Pfandrechts durch den Erwerber ausgeht. Er sagt allerdings, dass diese Bestellung »im Augenblick des Erwerbes« geschieht. Unsere Auffassung darüber s. o. S. 45.

[2]) Ja selbst vor den privilegierten Hypotheken, die der Erwerber begründete. Entsch. d. R. G., Bd. 3, S. 178.

[3]) Schweppe, S. 235, § 361.

Sache sich das Pfandrecht **wegen des für diese Sache geschuldeten Kaufpreises** vorbehält. Darum gewährt ihm das Recht in diesem Falle den Vorzug vor allen vom Erwerber anticipando bestellten Hypotheken wegen versio in rem[1]): er hat es erst durch das Kreditieren des Kaufpreises bewirkt, dass die Sache in das Vermögen des Schuldners gelangte; darum verdient er den Vorzng vor allen anderen Gläubigern des Erwerbers, die sich aus dieser Sache befriedigen wollen. In den Quellen ist dies Privileg allerdings nur demjenigen beigelegt, der Geld zur Anschaffung einer Sache dargeliehen hat. Aber immerhin ist jener Fall diesem analog zu behandeln. Dies bestreitet Gesterding[2]), der in dem privilegium de in rem verso eine Ausnahme sieht, die sehr eng interpretiert werden müsse. Wir erwidern ihm, dass man auch bei Ausnahmen den Zweck des Gesetzes zu erforschen habe, und gelangen dadurch zu dem gesetzgeberischen Gedanken, dass allen Forderungen der Pfandschutz verliehen werden sollte, ohne welche die Sache überhaupt nicht in das Vermögen des Erwerbers hätte gelangen können, sodass der in den Quellen bezeugte Fall nur als specielle Anwendung eines allgemeinen Princips zu gelten hat.[3])

Das privilegium de in rem verso gewährt dem Veräusserer ein Vorrecht vor allen anderen Hypotheken, die der Erwerber begründete, ausser vor dem Pfandrecht des Fiskus wegen Steuerforderungen[4]) und vor der älteren gesetzlichen Hypothek der Ehefrau.[5]) Dies Privileg tritt nicht ein, wenn der Veräusserer sich das Pfandrecht an der Sache wegen einer anderen Forderung als des Kaufpreises vor-

[1]) 17 D qui pot., 20—4; Const. 7, Cod. 8—18.

[2]) Pfandr., S. 284, § 35; ebenso Sintenis, Pfandr., S. 628.

[3]) Dernburg, Pfandr., I, S. 280; II, S. 430, 431; Freisen, S. 77; Thibaut, S. 317—320; Gmelin, S. 389; Keller, I, § 207, S. 453.

[4]) Dernburg, Pfandr., II, S. 453, § 155.

[5]) Dernburg, Pfandr., I, S. 280, II, S. 453—455 (§ 155); Gmelin, S. 390; Keller, I, S. 450, § 204.

behielt. War die zu sichernde Forderung zum Teil die Kaufpreisforderung, zum Teil eine andere Forderung[1]), so gilt das Privileg nur für die erstere.

II. Auch das B. G B. lässt anticipierte Pfandrechte zu: ein Pfandrecht, das ein zur **Verfügung** nicht Berechtigter bestellt hat, wird durch Konvalescenz gültig, sobald der Besteller das Verfügungsrecht erwirbt. § 185 B. G. B. Dies trifft aber in unserem Falle nicht zu. Denn der Erwerber kann, bevor er den Besitz der Sache erlangt hat, Dritten keine Pfandrechte bestellt haben, weil er über die Sache nicht **verfügen** konnte. Das Pfandrecht des Veräusserers geht in jedem Falle den anderen vom Erwerber bestellten Pfandrechten vor.[2])

VII. Abschnitt.

§ 23.

Pfandrechtsvorbehalt ohne Übergabe nach B. G. B.

Hat der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergeben unter der Einigung, dass das Eigentum übergehen solle[3]), und haben sich beide gleichzeitig geeinigt, dass dem Uebereigner das Pfandrecht daran, ohne dass er den Besitz erhalte, zustehen solle, so hat der Uebereigner, sobald er von der Nichtigkeit der Pfandeinigung erfährt (auch schon vor Fälligkeit seiner Forderung) folgende Ansprüche:

1. Haben die Vertragschliessenden die Absicht einer gültigen Verpfändung definitiv zum Ausdruck gebracht und auf die Besitzfrage an sich keinen Wert gelegt, so kann der

---

[1]) s. o. S. 3, No. I, 2a—c.

[2]) Privilegierte Pfandrechte kennt das B. G. B. nicht.

[3]) B. G. B., § 929.

Veräusserer die noch ausstehende Erfüllung des obligatorischen Vertrages, also Herausgabe der Sache zum Pfandbesitz fordern,[1])

2. Hat aber der Erwerber sich den Besitz ausbedungen, z. B. weil er die Sache sofort benutzen wollte, so kann der Uebereigner die **Nichtigkeit** der Einigung über die Verpfändung geltend machen und damit das Gesammtgeschäft (weil die Übereignung etwas Wesentliches sein sollte)[2]) für nichtig erklären, also die Sache zurückfordern, wobei er jedoch die Rechte, die inzwischen Dritte in gutem Glauben erworben haben, anerkennen muss.

Zu demselben Resultat würde man gelangen, wenn man annehmen wollte, eine Einigung über die Verpfändung sei zustandegekommen. Dann kann der Uebereigner sie wegen Irrtums[3]) anfechten[4]), und damit wird das ganze Geschäft von Anfang an nichtig (wiederum unter Wahrung der Rechte gutgläubiger Dritter). Von Ersatz des negativen Vertragsinteresse kann keine Rede sein, da der Erwerber der Gültigkeit der Erklärungen beider nicht vertrauen durfte. Jura vigilantibus scripta sunt.[5])

VIII. Abschnitt.

§ 24.

Pfandrechtsvorbehalt durch Testament.

Der Testator kann für ihn bestehende Pfandrechte an fremden Sachen vermachen, er kann aber auch neue Pfandrechte an Sachen seines dereinstigen Nachlasses anordnen

[1]) cfr. C. P. O., § 897. Abs. 1.

[2]) B. G. B., § 139.

[3]) Rechtsirrtum ist auch erheblich: Türcke und Niedenführ zu § 119; Landé zu § 119; Matthiass, I, S. 213, § 52.

[4]) Bruck, S. 60—62.

[5]) § 122 B. G. B.

und insbesondere, was uns hier allein interessiert, bestimmen, dass der Legatar eine Sache und dagegen der Erbe oder ein anderer daran ein Pfandrecht erhalte. Es fragt sich, wie sich hier das Rechtsverhältnis gestaltet.

I. Im römischen Recht und gemeinen Recht ist zu unterscheiden, in welcher Form, d. h. mit welchen Wirkungen das Legat hinterlassen wurde:

1. Wenn aus dem Vermächtnis nach dem Willen des Testators dem Dritten das Eigentum an der Sache direkt (wie bei dem älteren Vindicationslegat) zufallen sollte, so erwirbt dieser solches sofort mit dem Antritt des Erben. Das gleichzeitig angeordnete Pfandrecht konnte aus den oben für Geschäfte unter Lebenden entwickelten Gründen erst **nach** dem Eigentumserwerb des Bedachten zur Existenz gelangen. Sowohl das dem Erben als auch das einem anderen vermachte Pfandrecht hat der mit der Sache Bedachte zu bestellen. Für den mit dem Pfandrecht bedachten Dritten ist durch das Testament in doppelter Weise gesorgt, nämlich:

a) Durch die dem Erben auferlegte Pflicht zur Verschaffung des (noch nicht vorhandenen) Pfandrechts (Verschaffungslegat[1]));

b) durch den dem mit der Sache Bedachten auferlegten Modus.

Nun wird man in der vorbehaltslosen Annahme der Sache mit Kenntnis der Auflage (Verpfändungspflicht) unter Zuziehung des Dritten regelmässig die Bestellung einer Hypothek erblicken können. Wenn man dies aber nicht annimmt, sowie, wenn der Bedachte auf die Aufforderung des Erben bei der Besitzübertragung nicht die Pfandbestellung bewirkt, so kann der Erbe von ihm Kaution zur Sicherung der Vollziehung des Modus verlangen[2]), auch wegen Nichtvollziehung die Sache zurückfordern[3]), und ferner kann der Dritte ihn durch Klage zur Bestellung zwingen, solange die

[1]) Sohm, S. 539: Gegenstand ist eine Sache oder sonst ein Vermögensvorteil; Gai, III, 202, 203; Matthiass, II, S. 485, § 152b.

[2]) l 40, § 5 D de cond. 35—1; l 19 D de leg. III.

[3]) l 17 D de usu et us. 33—2.

Zurückforderung seitens des Erben nicht geschehen ist. Entzieht sich der Erbe der Pflicht, dem Dritten das Pfandrecht zu verschaffen, so kann dieser gegen jenen darauf Klage erheben.

2. Wenn dem Bedachten nur ein persönliches Recht zugewendet ist, erwirbt dieser nur einen obligatorischen Anspruch an den Erben auf Übereignung der Sache. Erst nachdem diese erfolgt ist, hat der Bedachte das Pfandrecht zu bestellen. Hier genügt, wenn dem Erben ein Faustpfandrecht bestellt werden soll, das constitutum possessorium. Genehmigt der Bedachte dies nicht, so kann der Erbe die Sache behalten, auch auf Genehmigung Klage erheben. Der Klage des Bedachten würde die exceptio doli entgegenstehen (dolo facit, qui petit, quod redditurus est.)[1])

Eine buchstäbliche deductio, wie Arndts[2]) sie aus den Quellen[3]) herleiten will, ist aus denselben Gründen wie bei Geschäften unter Lebenden, desgl. die lex dicta, auch hier abzulehnen.

Die Arndts'sche Konstruktion führt hier zu denselben Konsequenzen wie bei den Übereignungsgeschäften unter Lebenden; unsere Konstruktion führt ebenfalls das Resultat herbei, das wir für die genannten Geschäfte gewonnen haben, nur mit dem Unterschiede, dass das hier begründete Pfandrecht den älteren vom Erwerber der Sache anticipando bestellten Pfandrechten nachsteht, ohne dass die versio in rem mildernd einzugreifen vermag.

Wir verkennen nicht, dass unser Ergebnis die Rechtslage des Pfandgläubigers ungünstiger gestaltet, aber der Erblasser hatte es in der Hand, ihn bei Lebzeiten zu begünstigen, indem er ihm rechtzeitig eine Hypothek bestellte.

II. Nach B. G. B. (§ 2174) verleiht das Vermächtnis stets nur einen persönlichen Anspruch. Der Erbe wird Eigentümer. § 1922. Der Pfandrechtsvorbehalt wird daher realisiert:

---

[1]) l 173, § 3 D de div. 50—17; l 8 pr. D d. dol. mal. 44—4.
[2]) § 575, No. 4,
[3]) l 1, § 4; l 2; 3 D de us. 7—2; l 14 Cod de usufr. 3—33.

1. zu Gunsten des Erben durch constitutum possessorium, wie oben ad I 2,

2. zu Gunsten des Dritten durch Übereignung des Erben an den Bedachten und dessen Faustpfandbestellung für den Dritten.

Kuhlenbeck[1]) lässt für den Dritten **nur** den Modus ad 2 zu. Es fragt sich aber, ob der Erbe nicht einen Ausweg findet, um den Bedachten, besonders wenn dieser ein zahlungsunfähiger Mann ist, daran zu hindern, über die Sache zum Schaden des Dritten anderweitig zu verfügen. Von ihm, dem Erben, hat der Dritte das ihm vermachte Pfandrecht formell zu fordern. Will der Erbe sich der Verantwortung entziehen, so wird er der ihm vom Erblasser auferlegten Pfandverschaffungspflicht[2]) genügen und die Sache als deren Eigentümer (ohne Übernahme der persönlichen Schuld) dem Dritten verpfänden, also auch übergeben. Dann hätte dieser sie ihm nach Befriedigung durch den Bedachten zurückzugeben. § 1223. Diesen Anspruch auf Rückgabe wird er dem Bedachten abtreten[3]) B. G. B., § 931. Der Klage desselben auf sofortige Herausgabe steht das Testament, aus dem er selbst sein Recht herleitet, evt. die exceptio doli entgegen.

Hat der Bedachte die Sache vom Erben übereignet erhalten, so kann der Erbe die Vollziehung der dem Bedachten gemachten Auflage der Pfandbestellung verlangen. § 2194.

---

[1]) Von den Pand. Bd. III, S. 272, § 15, No. 5.

[2]) B. G. B., §§ 2169, 2170. Über die Anwendbarkeit des § 2169 mag Zweifel bestehen. Wir meinen, dass unter Gegenständen, die nicht zur Erbschaft gehören, nicht nur solche zu verstehen sind, die schon vorhanden sind (gleichgültig, ob sie früher zur Erbschaft gehörten oder nicht), sondern nach Analogie des gemeinen Rechts auch solche, die noch nicht existierten und erst nach dem Willen des Testators geschaffen werden sollen. Ohne dies würde das Gesetz gerade im Hinblick auf Rechte eine empfindliche Lücke aufweisen.

[3]) Im gemeinen Recht ging durch Cession der rei vindicatio nur dann Eigentum über, wenn der Cessionar auf Grund des Anspruches den Besitz erhielt.

Hat aber dieser die Vollziehung durch Veräusserung oder Vernichtung der Sache oder sonstwie unmöglich gemacht, so kann der Erbe

„Herausgabe der Zuwendung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen." § 2196, d. h. Zahlung des Wertes der Sache, durch den ihm ein Vermögenszuwachs entstand (§ 812, B. G. B.) behufs Abführung an den Dritten in Höhe der Forderung desselben.

Schluss.

§ 25.

Der Vorbehalt dinglicher Rechte in der heutigen Gesetzessprache.

Das B. G. B. vermeidet den Ausdruck „Vorbehalt" im Sinne von Konstituierung dinglicher Rechte. Eine dem Sach- und Rechtsverhältnis scharf Rechnung tragende Sprechweise findet sich im Einführungsgesetz zum B. G. B. Art. 96, welcher lautet:

> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über einen mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Leibgedingsvertrag etc.

Derselbe Ausdruck hat in alle Landesausführungsgesetze, welche diesen Vertrag regeln, Aufnahme gefunden, mit Ausnahme von Hessen (Art. 37, 38, 44, 49) und Reuss ä. L. (§ 39), die vulgär vom Vorbehalt einer Wohnung oder eines Wohnungsrechts oder eines Stückes Land zur Benutzung sprechen. Diese Bezeichnung giebt kein richtiges Bild von dem rechtlichen Vorgange; es empfiehlt sich daher, der Sprechweise des Einführungsgesetzes zum B. G. B. zu folgen.